JACOBI FRIDERICI LUDOVICI,

J. U. D. P. P. & Fac. Jurid. Aſſeſſ.

USUS PRACTICUS DISTINCTIONUM JURIDICARUM,

JUXTA

ORDINEM DIGESTORUM ADORNATUS.

PARS I.

Priores XIII Libros exhibens.

EDITIO II

auctior & emendatior.

HALÆ MAGDEBURG.
Sumtibus ORPHANOTROPHEI.

Typis JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typ.
ANNO MDCCXI.

Digitized by Google

Digitized by Google

ILLUSTRISSIMO DOMINO,

DN. ERNESTO BOGISLAO de KAMEKE,

SERENISSIMI ET POTENTISSIMI REGIS BORUSSIÆ MINISTRO STATUS INTIMO,
CUBICULI REGII MAGISTRO,
SUPREMO RERUM DOMANIALIUM DIRECTORI,

RELIQUA,

DOMINO SUO GRATIOSO

FELICITATEM!

ILLUSTRISSIME DOMINE,
DOMINE GRATIOSE,

QUod de arte in genere dicere conſveverunt ſapientes, longam illam eſſe, vitam vero brevem: illud in ſpecie ad artem juris optimo jure applicari poſſe videtur. Infinita ſunt hominum negotia: infinitæ negotiorum circumſtantiæ: infinitæ etiam exinde oriuntur controverſiæ, quæ juxta

artem

ırtem æqui & boni, quo titulo Ul-
ıianus Jurisprudentiam inſignit,
ingulæ trutinandæ & componen-
læ, cum impoſſibile ſit Legisla-
:oribus quibuscunque ſingulari-
ous negotiis ſingulares Legum
lecifiones adaptare. Longa ita-
ıue ars eſt, etiamſi ſolummodo
a reſpicias, quæ in arte quoti-
ie maximam utilitatem præſtant.
,ongisſima vero evadit, ſi illa
onſideres, quæ mere inutilia
ınt, altercationes interpretum
e rebus nullius ſæpe momenti,
rincipia erronea & Leges obſo-
:tas, quæ nec habent, nec un-
uam habere potuerunt vel mi-
imam utilitatem. Conſideran-
a autem omnia illa ſunt, poſt-
uam Germania noſtra mo-
:s patrios fere ignorat, & deci-
ones cauſarum controverſarum

non modo ex Legibus exoticis, ſed ex tot etiam gloſſis & Doctorum inter ſe diſſentientium autoritatibus atque opinionibus depromere adſveta eſt, ut hinc in arte juris mala bonis & bona malis admixta invenias. Itaque cum in nullius doctoris poteſtate poſitum ſit, ut novas Leges ferat & malo inveterato medeatur: meo quidem judicio omnibus, qui jura docere nituntur, ſummo ſtudio in id incumbendum eſt, ut bona à malis ſecernant, & quæ uſum in arte juris aliquando præſtare poſſint, quæ non, ſedulo oſtendant, neque talia proponant, quæ in ſpem futuræ oblivionis diſci dicuntur, ut deinde vix dijudicare queas, an addiſcere ea, an vero iterum dediſcere gravius & difficilius ſit. Ut ad ſcopum meum propius accedam,

vul-

vulgatum quidem eſt, bene eum docere, qui bene diſtingvere novit; interim tamen plurimas quoque diſtinctiones inutiles, ut in aliis diſciplinis, ita quoque in arte juris occurrere, quis ignorat? Tentavi itaque in libello hocce, quem TIBI, ILLUSTRISSIME DOMINE, nunc humillime offero, annon & in hac diſtinctionum juridicarum materia utile ab inutili diſcerni poſſet, unde titulus libelli: *Uſus practicus Diſtinctionum juridicarum* enatus eſt. Dico, me tentaſſe: probe enim conſcius ſum exiguarum virium mearum, quæ non permittunt, ut integram materiam plene exhaurire potuerim. Quidquid vero ſit, certiſſime confido, fore, ut TU ILLUSTRISSIME DOMINE, hoſce etiam conatus

meos pro innata TIBI benignitate & propenſione erga illos, qui ſtudia liberalia ſectantur, gratioſe reſpicias, quod in præſenti etiam à TE ea, qua par eſt, animi ſubmisſione expeto atque contendo. Servet DEUS T. O. M. TE, ILLUSTRISSIME DOMINE, quam diutisſime: adſit conſiliis TUIS, ut in Divini Nominis gloriam & Reipublicæ utilitatem perennem vergant. Ita voveo

Illuſtriſſimi Nominis TUI

Cultor

humillimus

J. F. LUDOVICI.

PRÆFATIO AD LECTOREM.

QUamvis cum multorum hominum ingeniis ita comparatum ſit, ut omnia ſtatim, quæ quodammodo ſaltem à veterum veſtigiis diſcedere videntur, tanquam res nullius pretii cœco impetu eliminata eſſe cupiant; plures tamen, ni fallor, hodie reperiuntur, qui in alterum extremum prolapſi, nil eruditum, imo ne lectu quidem dignum exiſtimant, niſi quod veterum Scriptorum principia non ſolum deſerit, ſed quod majus eſt, ea condemnat etiam atque refutat. Ita inter illos multos & hoſce plures paucisſimi media via, quæ ſapientem decet, incedere didicerunt. Et quod exinde profluit, nihil fere ſcribi amplius poteſt, quod non vel ab his, vel ab illis, ſi eorum guſtui non eſt accommodatum, acrem cenſuram experiatur. Hos ſcopulos mecum perpendens hæſitavi ab initio dubius, utrum præſens opuſculum de

uſu practico diſtinctionum juridicarum publicæ luci exponere conſultum eſſet, nec ne, cum facile præviderem, me omnibus hac parte placere neutiquam poſſe, quin potius certiſſimum fore, ut diverſas cenſuras experiretur ille labor a me ſuſceptus, prout ſcilicet adfectus Lectoris diverſus eundem ad diverſiſſima etiam judicia ferenda incitare ſolet. Verumenimvero, cum ex altera parte conſiderarem, neminem hactenus ex mortalium numero repertum fuiſſe, cujus inſtituta, optima etiam, omnibus ſeſe adprobaverint; ſcopulos illos, de quibus antea dixi, tranſcendere non adeo difficile fuit, præſertim cum mea intentio non ſit, quod eruditis ſcribere, ſed quod ſaltem ex neceſſitate illa, ad quam me officii mei ratio obſtringit, ſtudioſæ juventuti ad eo melius percipienda genuina juris principia pro viribus meis exiguis inſervire velim, quem in finem etiam præſentem libellum ſtatim ab initio publicis lectionibus deſtinavi, prout de hoc meo inſtituto Programma *de Diſtinctionibus Juridicis uſum in foro habentibus, vel non*, ante aliquot menſes in hac

Aca-

Academia publice propoſitum, ulterius loquitur. Imo, ſi hoc addere permiſſum, & amatoribus antiquitatis, & illis, qui novis rebus indulgent, me quadantenus inſerviiſſe puto. Uſum enim practicum non ex proprio cerebro, ſed vel ex ipſis Legum receptarum fontibus, vel ex celeberrimorum Scriptorum operibus docere annisus ſum, & ſic nihil fere dixi, quod non antea jam dictum fuerit. Methodum autem novam eſſe, quilibet, ſpero, facile concedet, cum non deprehenderim, eadem, quam in præſenti elegi, via ante me quenquam inceſſiſſe: at vero præter methodum in jure aliquid mutare, non ita facile, quam quidem in aliis diſciplinis licet, niſi erroneas D D. opiniones nulli Legi ſuperſtructas excipere velis. Equidem Antonius Henricus Mollenbecius, Rintelenſis, J. U. D. jam olim Anno MDCLXXII. Heydelbergæ in 8. publicavit *Radices & primordia Jurisprudentiæ, ſive Diviſionum Juridicarum Centurias III. juxta ſeriem Pandectarum diſpoſitas*; ſed Lector benevolus facile advertet, quod ille Autor ipſos ſolummodo diviſionum terminos explica-

re

re animum induxerit, uſum fori autem vel in paucisſimis, vel plane non attigerit. Fuiſſent quidem, quæ & circa has terminorum expoſitiones ab eo adlatas moneri potuiſſent ; ſed labor nimium excreviſſet, & ſimul, quod maximum erat, a ſcopo Lectionum mearum publicarum abluſiſſet, quippe in quibus Auditoribus meis practicam ſaltem applicationem oſtendere, ea vero, quæ ſubtilia videbantur, ſequeſtrare & in tempus magis commodum reſervare volebam. Ut ergo B. L. juxta hanc meam intentionem præſentem laborem æſtimare velit, eſt quod obnixe rogo. Dabam in Academia Fridericiana d. XXIIX. Decembr. MDCCII.

PRÆFATIO

SECUNDÆ EDITIONIS.

SEptem fere anni elapſi ſunt, poſtquam præſentem librum de uſu practico diſtinctionum juridicarum prima vice publici juris feci. Poſtquam vero jam ab aliquo tempore exemplaria diſtracta fuerunt, ego autem tum in DOctrina Pandectarum ante annum publicata, tum in ſupplementis meis ad Compendium juris Lauterbachii ſubinde ad huncce diſtinctionum uſum practicum provocavi; hinc neceſſitas efflagitavit, ut prelo ille denuo committeretur.

Nata

Nata hinc eſt ſecunda hæc Editio, quam vides benevole Lector, in aliquibus locis aucta & vere emendata, prout collatio prioris Editionis oſtendet. Utere ergo & hac editione, benevole Lector, & ſtudiis noſtris porro fave. Dab. Halæ d. XXIV. Sept. MDCC.

Q. D. B. V.

Uſus Practicus Diſtinctionum juridicarum
juxta
Ordinem Digeſtorum.

Libri I. Titulus I.

DE JUSTITIA ET JURE.

DISTINCTIO I.
Inter juſtitiam *univerſalem & particularem.*

PRima hæc communiter in Compendiis & Syſtematibus juridicis ſub præſenti Titulo deprehenditur juris diſtinctio, cum qua alia inter *jus perfectum & imperfectum*, ſive virtutem,(prout quidam loqui malunt,) coincidere videtur, quam Pufendorfius aliique DD. morales adhibere ſueverunt. Juſtitia enim univerſalis officia *amoris*, parti-

cularis vero officia *debiti* inculcat, ad priora autem illa ius perfectum, id eſt, cum coactione conjunctum, non competit, ſed imperfectum ſaltem, h. e. pudori cujuslibet relinquitur, an eadem præſtare velit annon, quo refero officia humanitatis, ſuppeditationem eleemoſynarum, &c. unde pauper ob denegatum ſubſidium charitativum actionem contra divitem denegantem inſtituere non poteſt. Amor enim coactus amoris naturam ſtatim amittit. Uſus hujus diſtinctionis circa quæſtionem: *quænam ex duabus illis Juſtitiæ Speciebus Jurisprudentiæ finis ſit*? præcipuè ſeſe exerit. Siquidem ſcire oportet judicem, quinam officii ejus ſint limites, ne vel aliquid omittat, quod faciendum, vel aliquid faciat, quod omittendum erat. Duæ autem hic ſeſe offerunt opiniones. Nonnulli, inter quos Lauterbachius, Juſtitiam univerſalem Jurisprudentiæ finem eſſe exiſtimant: alii contra pro Juſtitia particulari pugnant, quibus Dn. Hoppius accedit, & quorum ſententiæ nos etiam calculum noſtrum adjicimus. Fruſtraneus quippe habetur finis, ad quem conſequendum congrua remedia non proſtant. At vero judici qua tali, id eſt, quatenus jubet & punit, remedia homines vere virtuoſos reddendi non ſuppetunt, ſed eô eſt contentus, modo ſubditi actiones externas legum præſcripto conforment, quamvis hæc conformatio ex animo virtuoſo non procedat. Optat equidem probus Judex, ut omnia, quæ fiunt à ſub-

ſubditis, ex animo virtuoſo proficiſcantur, impedimenta quoque externa removet; ſed remedia, quibus hoc votum ſuum præciſè obtineri poſſit, ipſi deficiunt. Unde judices falcem in alienam meſſem mittere eaque ſibi arrogare non debent, quæ ad forum Philoſophicum, vel Theologicum pertinent; Theologi contra & Philoſophi ea, quæ ad judicia externa pertinent, non involent.

DISTINCTIO II.

Inter juſtitiam *diſtributivam* & *commutativam*, item: inter proportionem *Geometricam* & *Arithmeticam*.

Æque frequens hæc eſt, ut præcedens, non tamen æque clara, nec æque utilis. Nondum enim inter ſe conveniunt D D. quomodó utraque juſtitia definienda ſit. Multi ad diſtributivam referunt diſtributionem munerum, honorum & pœnarum criminalium jure humano ſtatutarum, proportione geometricâ faciendam: ad commutativam vero res privatorum vi præcedentium contractuum diſtribuendas, item pœnas civiles & criminales jure divino dictatas, & hic proportionem arithmeticam obſervandam eſſe dicunt, v. Hopp. *comm. ad pr. J. de J. & J.* latè Struv. *S. I. C. Ex. 1. th. 19. ſeqq.* Jac. Thomaſ. *Phil. Pract. Tab. XXIII. & XXIV.* Puſendorffius contra & diſtributivam & commutativam ad civium con-

tractus refert, & diſtributivam quidem in ſocietatis contractu adeſſe dicit, *lib. 1. de J. N. & G. c. 7. §. 9.* Hugo Grotius *de J. B. & P. l. 1. c. 1. p. 8.* Juſtitiam attributricem ſuam & expletricem ſubſtituit, & hic diſputant, an expletrix cum Ariſtotelis commutativa, attributrix vero cum diſtributiva conveniat? quod negat Thomaſ. *loc. cit. ibique in not.* Alii in ſocietate æquali proportionem arithmeticam admittunt, intuitu inæqualis autem inter medium inveniendi & inventum applicandi diſtinguunt, Simon *in not. ad d. Grotii loc. verb. Proportione comparatâ.* Vides, incerta eſſe omnia. Prout vero nulla adeſt certitudo, ita quoque nulla utilitas hujus diſtinctionis deprehenditur. Provoco ad omnes judices & Advocatos, an hæc diſtinctio illis unquam vel minimum uſum in decidendis, vel perorandis cauſis præſtiterit? Juſta quoque manebit ſententia juxta Leges concepta, licet Judex interrogatus reſpondere neſciat, quam juxta proportionem eandem conceperit. Nec ergo multum operæ impendere neceſſe habebit juris cultor, ut hanc proportionem ſibi ſollicite imprimat.

DISTINCTIO III.

Inter Jus *divinum* & *humanum.*

HAnc utiliſſimam eſſe nemo negabit. Princeps legibus à ſe latis non obligatur, bene tamen divinis, quorſum refero, quod ad

ſer-

ſervanda pacta cum ſubditis inita, quas Leges fundamentales vocant, ſit obligatus, quia jus divinum, naturale pariter & revelatum, pacta ſervanda eſſe inculcat. Ex quo porro deducitur, Principem non poſſe talia ſubditis ſuis injungere, quæ Legi divinæ adverſantur, ſed tunc locum habere illud: *Deo magis obediendum, quam hominibus.* Denique in materia diſpenſationis pœnarum & nuptiarum huc unice reſpiciendum eſt. Poteſt Princeps diſpenſare circa pœnas jure humano ſtatutas, non quæ ex divino profluunt, unde pœnam homicidii indiſpenſabilem eſſe recte aſſeritur propter tam evidentem textum *Geneſ. 9. v. 6.* repetitum in N. T. *Matth. 26. v. 52.* Neque nuptias in illis gradibus contrahendas permittere jure poterit, quæ Deus ter O. M. *Levit. 16.* prohibuit. Unde errat Carpzovius *Jpr. Eccl. l. 2. Def. 99.* putans, matrimonium in gradu ſecundo lineæ inæqualis contractum (de facto) non reſcindi, ob *Lev. 18. in f.* ubi dicitur: Sie ſollen ausgerottet werden. Idem enim eſſet, ac ſi in Rep. ſubditus circa Legem à Principe promulgatam ſibi poteſtatem diſpenſandi ſumere vellet. Quid ergo dicendum de Pontificibus, quibus poteſtatem ſupra omnia & contra omnia & facultatem contra ipſum jus divinum diſpenſandi tribuunt eorum adulatores? v. Reinking. *de regim. ſecul. & eccleſ. l. 1. claſſ. 2. c. 4. n. 50. ſeqq.* & *Diſp. noſtr. de judice in cauſ. Princ. proteſt. matrim. §. VII.*

DISTINCTIO IV.

Inter jus *naturæ* & *poſitivum univerſale.*

QVæ hic ad hiſtoriam pertinent, ſummatim recenſuimus in *Delineatione Hiſtoriæ juris naturalis & poſitivi univerſalis.* Ceterum ad id prodeſt adlata diſtinctio, ut imbecillitatem rationis noſtræ ſibi relictæ eo melius agnoſcamus atque Deo ter O. M. pro revelatione voluntatis ſuæ humillimas gratias perſolvamus. Scilicet cum ex lumine naturæ ea tantum injuſta eſſe, quæ ſocialitatem turbant, homini Ethnico demonſtrari queat; ſequitur exinde, multorum criminum fœditatem jus naturæ ignorare, quæ tamen ex Sacra Scriptura facile agnoſci poteſt. Ceterum ratione obligationis inter utrumque jus nulla intercedit differentia, cum utroque omnes homines æqualiter obſtringantur & ſic ignorantia juris poſitivi univerſalis excuſationis loco à nemine adduci queat. Inde Deus præter alia crimina Cananæos etiam propter commiſſum inceſtum ſedibus ſuis ejecit, in cujus tamen prohibitione demonſtranda ratio ſola admodum cœcutit. Et ergo neceſſario ſupponendum eſt, Deum illas leges aliquando toti humano generi, vel certe perſonis poſt diluvium illud repræſentantibus promulgaſſe, alias enim propter transgreſſionem Legum nunquam promulgatarum pœna infligi non potu-

potuiſſet. De criteriis cognoſcendi Leges univerſales poſitivas in *cit. Delineatione circa fin.* egimus, add. Seldenus *intr. de jure nat. & Gent. juxta diſciplin. Hebræorum.*

DISTINCTIO V.

Inter jus divinum poſitivum *univerſale* & *particulare.*

Leges univerſales à particularibus exacte diſcernere, maximam poſt ſe trahit utilitatem. Scilicet leges univerſales adhuc hodie æque ut in V. T. obligant, atque adeo Legislatoribus noſtris ne latum quidem unguem ab iisdem recedere fas eſt. De Legibus autem particularibus, ſive per eas *forenſes*, ſive *ceremoniales* intelligas, unanimis DD. eſt ſententia, eaque veritati ſuperſtructa, quod poſt extinctam Remp. Hebræorum eædem quoque ceſſent, cum ad ſtatum illius Reip. fuerint accommodatæ, quo ſtatu mutato & illæ quoque mutationem paſſæ ſunt, qua de re conferri meretur doctiſſimus libellus, quem *de Habitu religionis* conſcripſit illuſtris quondam Pufendorfius. Diſtinguit equidem Lauterbach *in Comp. jur. h. t.* inter jus forenſe univerſale & particulare; ſed vel per univerſale illud intelligit jus morale, vel illa diſtinctio, ſi alium ſignificatum juri forenſi univerſali tribuere voluit, nullo fundamento nititur.

DISTINCTIO VI.

Inter jus *naturale* & *Gentium.*

VAriis quidem modis ſupponitur vox *juris Gentium*, de quibus conſulendus Excell. Thomaſius *in Juriſpr. divin. l.1. c.2. §.103*, communiter tamen pro *moribus plurium Gentium* jure ſuo eodem modo utentium accipitur, v. g. ut ipſum bellum præcedat denunciatio: ut captivi in ſervitutem redigantur, &c. Mores tamen illi ſpeciem aliquam juris poſitivi humani non conſtituunt, ut voluerunt aliqui, v. Rachelium *in pecul. Diſp. de Jure Gentium.* Nullus enim unquam fuit Monarcha, qui omnibus Gentibus imperaſſet & ſic illis legem aliquam communem præſcribere potuiſſet. Nec adeſt ſpontanea ſubjectio, utpote de qua in hiſtoriis altum eſt ſilentium. Pactum quoque expreſſum de ejusmodi moribus ſervandis nunquam inierunt Gentes, & ſi iniiſſent, exinde non oriretur peculiaris juris poſitivi ſpecies, ſed obligatio ex jure naturæ proveniret, quod pacta ſervanda eſſe dictitat. Idem dicendum de pacto tacito, quod nonnulli in ſubſidium vocant, quamvis ne hoc quidem adſit, cum actus ille, quo gentes aliarum gentium mores imitantur, tale pactum non inferat, quemadmodum exinde etiam nulla obligatio profluit, quando privatus alterius privati actiones & mores imitatur. Hiſce ſuppoſitis uſus diſtinctionis inter ſic dictum jus Gen-

tium

tium & naturæ in oculos incurrit. Scilicet Jus naturæ mutationi non eſt ſubjectum, ſed omnes Gentes ad continuam ejus obſervationem obſtringuntur; Mores Gentium autem pro lubitu à qualibet Gente altera etiam invita mutari poſſunt. Omittitur jam hodie interdum denunciatio bellica, & eo ipſo tamen juſtitiæ belli nihil decedit, ſi illud alias juſtum eſt. Et quid ſi una Gens omnes captivos interficere juberet, an putas reliquis jus contradicendi competere? Adeſt aliud recens Exemplum. Anno 1702. Menſe Majo Ordines Generales Belgii uniti Edictum promulgabant, daß alle und jede Caper/ſo zwiſchen denen Tonnen und Baacken vor dem Lande/oder auch gar in den Häven ertappet würden/ ungeachtet ihrer Commiſſion mit dem Tode geſtrafft werden ſollten; at vero alias illi, qui ejusmodi excurſionibus maritimis vacant, militibus voluntariis comparantur & inſtar aliorum captivorum militum tractantur. Sane hoc facere non potuiſſent Ordines Generales, ſi jus aliquod proprie ſic dictum in contrarium adfuiſſet. Unde non cohærebat judicium Autoris der Relation aus dem Parnasſo vom 2. Jun. 1702. qui ita rem decidere volebat: Apollo gab zur Antwort/daß zwar die eingeführte Gewohnheit aller Völcker ein Recht mache/ ſed hoc erroneum, quia Gentes non habent ſuperiorem, à cujus adprobatione tamen conſuetudo robur ſuum accipit, und auch in einem offenbahrem Kriege beyde Par-

theyen zur Beobachtung deſſen verbinde / jedoch nur alſo / daß die hohe Obrigkeit die Freyheit behalte / zum beſten dero Unterthanen eine andere Verordnung zu machen und die allgemeine Gewohnheit aufzuheben / (hoc fieri non poſſet, ſi mores Gentium jus facerent, nam & Princeps hoc jure eſſet obligatus,) inſonderheit wenn ſolches vorher gebührender maſſen kund gemachet wird / daß ſich ſo zu reden / alle denen es zu wiſſen nöthig / darnach achten können.

DISTINCTIO VII.

Inter jus Gentium *primævum* & *ſecundarium.*

ILlud ex ratione, hoc autem ex ratiocinatione deductum eſſe volunt, v. Weſenbec. *Parat. ff. h. t. n. 15.* Ita vero utrumque deſcribunt, ut jus Gentium primævum tale non maneat, ſed ut cum jure naturæ coincidat, prout jam obſervavit Struv. *Exerc. I. theſ. 54.* Ad quid ergo proderit hæc diſtinctio, niſi quod entia præter neceſſitatem multiplicentur, præcipue cum Jus Gentium, quod ſecundarium vocant, ad jus poſitivum neutiquam referri poſſe paulo ante demonſtraverimus.

DISTINCTIO IIX.

Inter jus naturæ *proprie* & *improprie* tale.

TRibonianus cum in *princ. J. de J. N. G. & C.* jus naturæ non humani generis proprium

prium, ſed omnium animalium, quæ in cœlo, mari & terra naſcuntur, eſſe dixiſſet; nonnulli: ut ab ignorantiæ vitio eum liberarent, diſtinctionem hanc in medium protulerunt & Tribonianum de jure naturæ improprie ſic dicto ſaltem locutum eſſe affirmarunt. Eſt certe hæc diſtinctio ejus generis, ac ſi quis inter hominem proprium & improprium diſtinguere & per hominem improprie dictum ſimiam, vel aliam beſtiam bipedem intelligere vellet. Imo non abſimilis eſt alteri cuidam inter barbam rationalem & irrationalem, quam poſteriorem capro tribuerat nonnemo. Quemadmodum ergo non datur jus naturæ improprie ſic dictum: ita nec adlata diſtinctio ullum uſum poſt ſe trahit. Anne enim Judex forſan beſtias improprie punire poterit? an improprie contrahent, delinquent, &c. vid. *Hopp. Exam. Inſt. de J. N. G. & C. qv. 3.*

DISTINCTIO IX.

Inter jus naturæ *præceptivum* & *permiſſivum*.

IMpugnat quidem hanc diſtinctionem Pufendorffius *de J. N. & G. lib. 1. Cap. 6. §. 15.* & Modeſtinum in *l. 7. ff. de LL.* non ſatis accurate locutum eſſe exiſtimat, quando hic ad Legis virtutes etiam permiſſionem refert, cum ea non ſit proprie actio Legis, ſed actionis negatio. Verum enim vero hæc curioſa ſaltem

eſſe

eſſe videntur, putamus nos, eam diſtinctionem omnino retineri poſſe, cum rem ipſam ſatis clare exprimat. Uſus autem ejusdem ſat manifeſtus eſt. Scilicet circa ea, quæ jus naturæ præcipit, Principi poteſtas diſponendi non competit, bene autem illorum intuitu, quæ nec prohibentur, nec præcipiuntur, ſed permiſſa ſunt. Unde Principes multa ad regalia ſua traxerunt, quæ tamen jure naturæ cuilibet permittebantur, e. g. venatio, piſcatio, aucupium, &c. Quod ſi vero Princeps pactorum violationem, aliorum læſionem, injuriam, &c. inter res licitas referre vellet, tunc ejus diſpoſitio non minus irrationabilis dicenda foret, quam conſuetudo, quæ contra jus naturæ & divinum revelatum impingit.

LIB. I. TIT. II.

De Origine Juris & omnium Magiſtratuum & ſucceſſione Prudentum.

DISTINCTIO I.

Inter *Leges*, *interpretationes prudentum*, *Plebiſcita*, *SCta*, *Prætorum Edicta* & *Principum Conſtitutiones*.

THeoretice hæc omnia quam maxime à ſe differre, nemo negabit, cum ratione originis diverſiſſimam habeant natu-

naturam. Hodie tamen, poſtquam Imp. Juſtinianus omnia ſua fecit, quæ quondam diverſo tempore & diverso modo introducta fuerant, exigua admodum ſupererit differentia, *v. Conſtit. Dedit nobis. de confirmat. Digeſt.* §. *10.* Hoc ſaltem manſit ex jure Prætorio, quod actiones pœnales, v. g. injuriarum, anno præſcribantur utili, contra illæ, quæ ex *lege, SCto*, ſiue ex *ſacris Conſtitutionibus* proficiſcuntur, in perpetuum competunt, *pr. J. de perpet. & temp. act.* Idem obtinet in actionibus Prætoriis rem quidem perſequentibus, ad reſciſſionem vero actus geſti tendentibus, ubi annus utilis ad eas inſtituendas conceditur, v. g. in Pauliana, reſciſſoria, reſtitutione in integrum, quem annum utilem in quadriennium continuum commutavit Imperator in *l. ult. C. de temp. in int. reſtit.* v. Illuſtr. Dn. Stryk. *de act. inveſt. Sect. 3. membr. 3. Axiom. 2.* vid. *tit. ſequ. Diſt. II.*

DISTINCTIO II.

Inter Reſponſa Prudentum *ad inſtantiam unius Partis* & *ad requiſitionem Judicis* concepta.

Reſponſa Facultatum Juridicarum, Scabinatuum, ſingulorumque JCtorum (modo hi gradu Academico ſint inſigniti, Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Brunem. jus eccleſ. l. 5. c. 5. §. 4.*) ab expenſarum quidem refuſione liberant ſuccumbentem & probabilem litigandi cauſam effici-

efficiunt, v. Brunnem. *Proc. Civ. c 27. num. 76.* Judicem tamen non conſtringunt, ut ad eorum normam ſententiam ſuam proferre teneatur, ſi ſcilicet perpenſis fideliter actis ipſi contraria ſententia magis vera videatur, Mev. *P. 1. Dec. 110. num. 5.* Aliud obtinet; ſi ad requiſitionem judicis, vel partibus hoc petentibus, vel ex officio etiam Collegia juridica transmiſſis ad eadem Actis judicialibus ſententiam concipiunt, tunc enim judici, licet ad ipſius guſtum non fuerit pronunciatum, eandem mutare, vel ab Actis rejicere non permittitur, ſed parti gravatæ competentibus remediis ſuſpenſivis illam impugnare liberum eſt. Ceterum regulariter hodie acta judicialia ad privatos JCtos non transmittuntur, niſi in Ducatu Cliviæ, ubi hoc in judiciis inferioribus adhuc interdum fieri ſolet. Idem obtinet in aliis Weſtphaliæ iudiciis.

LIB. I. TIT. III.

De Legibus, SCtis, & longa conſvetudine.

DISTINCTIO I.

Inter *Legem ſcriptam* & *conſvetudinem.*

CIrca Conſvetudinem duæ quæſtiones ab invicem probe ſunt ſeparandæ, prima; *an exiſtat*? & ſecunda: *an obliget?*

Quan-

Quantum ad ſecundam attinet, nulla deprehenditur inter legem ſcriptam & conſuetudinem differentia, cum utriusque eadem ſit vis & efficacia obligandi, & actus contra conſvetudinem commiſſus non minori nullitate laboret, quam qui contra Legem ſcriptam ſuſcipitur, *v. l.31. §.1. l.33.35. & 36. ff. h. t.* & hoc reſpectu *juris* eſſe dicitur conſvetudo. Ratione quæſtionis primæ autem notabilis ſeſe differentia exerit. Scilicet, quæ in Lege ſcripta deprehenduntur, a nemine ignorari debent, ſed inter res notorias referuntur, & ſic probatione non indigent; diverſum obtinet intuitu conſvetudinis. Hæc ſiquidem ex diverſis demum actibus introducitur, hi actus autem in facto conſiſtunt & probatione indigent, unde & ipſa conſvetudo in hac conſideratione *facti* eſſe dicitur. Hinc eſt, quod poſitiones non quidem de jure communi ſcripto, ſed tamen de conſvetudine concipi queant, Gail. *l.1. obſ.82. n.13.* Mynſing. *Cent.5. Obſ. 88. num. 4.* Item, quod jus ſcriptum non ſit objectum probationis & articulorum probatorialium, bene tamen conſuetudo, v. Struv. *S. J. C. Ex. 2. th. 21. & Exerc. 28. th. 8.* Plura huc facientia collegimus in *Diſſ. noſtr. de JCto ſine Lege loquente §.30. 31. & 32.* ubi Weſenbecio etiam reſpondimus, qui jus eo caſu probandum eſſe cenſet, cum illud ab adverſario negatur. Ex his præmiſſis etiam profluere cenſeo, quod quando dicunt, juris ignorantiam nemini prodeſſe; id ſaltem de jure ſcripto,

pto, non autem de conſvetudine intelligendum ſit. Facta enim ſcire omnes non poſſumus.

LIB. I. TIT. IV.
De Conſtitutionibus Principum.
DISTINCTIO I.
Inter *Reſcripta* & *Decreta*.

REſcripta, quia ad unius ſaltem partis inſtantiam promanant, non tranſeunt in rem judicatam, nec intra decendium præciſe ſunt impugnanda; ſed iisdem etiam poſt illud elapſum exceptio ſub- & obreptionis opponi & ſic eorum effectus elidi poteſt, *v. tot. tit. C. Epiſtol. comminat. programm.* Brunnem. *Proc. Cic. C. 28. n. 14.* Mev. *P. 1. Dec. 192.* Principis enim voluntas non hæc fuiſſe præſumitur, quod alterum inauditum condemnare velit, ſed potius clauſulam illam: *ſi preces veritate nitantur*, tacite inſeruiſſe cenſetur, *l. 7. C. de diverſ. Reſcript. c. 2. X. de Reſcript.* & judices, qui vetuerint precum argui falſitatem, decem librarum auri multa puniri jubentur in *l. 3. C. ſi contr. jus, vel util. publ. vel per mendac.* E contrario autem Decreta per remedium ſuſpenſivum intra fatale decendii omnino a viribus rei judicatæ ſunt ſuſpendenda, quod & tunc obtinet,

obtinet, quando Judex ad normam impetrati Reſcripti ſententiam protulit, Mev. *P. 1. Deciſ. 244.* v. Carpzov. *P. 1. Conſt. 26. Def. 19.*

DISTINCTIO II.

Inter *Leges* & *Principum Conſtitutiones.*

HÆc diſtinctio ad hiſtoriam juris eo melius intelligendam pertinet, in praxi tamen uſum non præſtat. Scilicet *Leges* vocabantur, quæ in ſtatu democratico Reip. Romanæ in Comitiis populi in campo Martio interrogante Conſule: *Velitis jubeatis, Quirites, Cives,* ferebantur. Si enim placebat Lex à Conſule propoſita, reſpondebat populus: *Uti rogas*; ſi diſplicebat: *Antiquo*, v. Huber. *Digreſſ. P. 1. l. 1. c. 15. n. 2. & l. 4. c. 30.* Unde deſcriptio Legis Papiniani in *l. 1. ff. de LL. quod ſit communis Reip. ſponſio*, ad eadem tempora referri debet. *Conſtitutiones* in ſtatu Monarchico originem ſuam cœperunt, poſtquam Impp. Monarchiam non amplius diſſimulabant, ab initio enim SCta ſolum vocabantur. Hodie ſive Legem dicas, ſive Conſtitutionem, in effectu nihil intereſt.

DISTINCTIO III.

Inter Privilegia *realia* & *perſonalia.*

USus diſtinctionis in confeſſo eſt. Perſonalia privilegia perſonæ inhærent, & cum

perſona extinguuntur, realia autem à perſona abſtrahunt, & propterea ad quoscunque poſſeſſores transmittuntur, e. g. ſi ædes immunitatem à metatis & contributionibus obtinuerunt: ſi jus braxandi illis cohæret, &c.

DISTINCTIO V.

Inter Privilegia *gratioſa* & *oneroſa*.

PRiora pro lubitu revocare poteſt Princeps, quia precario comparantur; poſteriora non item.

LIB. I. TIT. V.

De Statu hominum.

DISTINCTIO I.

Inter *Maſculos* & *Fœminas*.

LEvis hæc & ſollicita inquiſitione haud digna videtur eſſe diſtinctio, cum & Ruſticis notum ſit, quod homines ratione diverſi ſexus à ſe invicem diſtinguantur; verum ſalva res eſt, ſi ad effectus juris exinde profluentes oculum convertas. Quæritur enim: *annon alter ſexus præ altero ratione juris aliquid præcipui habeat?* Ubi quidem primò regula ponenda: quod in dubio utriusque ſexus eadem ſit conditio eademque jura. Fœmina ſiquidem non minus ac maſculus dominia, ſervitu-

vitutes, hereditates, &c. acquirere, conſtituere atque transferre poteſt, item eodem modo cum maſculis contractus firmiter celebrare valet, & quæ ſunt ſimilia, unde non ſtatim credendum eſt ei, qui diſcrimen inter utrumque ſexum intercedere adſtruit, ſed hic intentionem ſuam probare obſtrictus eſt; interim tamen nec hoc diffiteri poſſumus, ex Legum diſpoſitione multas introductas eſſe differentias. Facile enim patet illi, qui jus noſtrum debita cum diligentia perluſtravit, fœminas *interdum deterioris*, e. g. in teſtimonio teſtamentorum, ſucceſſione in fideicommiſſis familiæ, adipiſcendis officiis publicis &c. in contractibus in Saxonia, quos ſine Curatore celebrare nequeunt, *interdum melioris eſſe conditionis præ maſculis*, e. g. intuitu ignorantiæ juris Civilis, fidejuſſionis, &c. Prioris XCI, poſterioris XXXIIX. caſus recenſet Frider. Prukmannus *de differentiis utriusque ſexus*, quos omnes tamen examinare inſtituti noſtri non eſt. Legi merentur, quæ habet Paganinus Gaudentius *in tr. de morib. nonnull. ſeculi Juſtin. P. 2. c. 32. & 33.* ubi dicit, Juſtinianum fuiſſe uxorium, eumque Theodoræ Auguſtæ rem gratam facere voluiſſe, ut commoda mulierum promoveret, quam in rem adducit privilegia doti conceſſa & imminutam quoad mulieres adulterii pœnam, v. *Auth. Sed hodie. C. ad L. Jul. de adult.* Patet ſimul uſus quæſtionis: cuinam ſexui hermaphroditi accenſendi?

DISTINCTIO II.

Inter *naſcituros* & *jam natos*.

HI in favorabilibus ſibi invicem exæquantur, *l. 7. & 26. ff. de Stat. hom.* & ſicuti inter natos alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet; ita nec intuitu naſciturorum hoc permittitur, unde non ſolum pœna, ſed etiam tortura tamdiu differtur, donec mulier prægnans pariat, *l. 3. ff. de pæn.* hereditas naſcituris debetur, *l. 3. ff. ſi pars hered. pet.* (ubi tamen mirabilis deciſio) non poſſunt exheredari, præteriri, gaudent reſtitutione ob læſionem, &c. ſecus eſt, quoties de oneribus imponendis agitur, hæc enim intuitu jam natorum ſaltem locum habent. Imo nec jam natis indiſtincte imponi ſolent, ſed adultis demum. Exemplum in capitationibus, ubi communiter ad annum duodecimum & an quis jam S. Cœna uſus fuerit, reſpici ſolet. Quamvis merito ſint reprehendendi nonnulli Parentes, qui liberos ſuos ab uſu S. Cœnæ propterea arcent, ut eo diutius immunitate gaudeant. Quaſi vero damnum in rebus terreſtribus majus ſit damno animæ?

DISTINCTIO III.

Inter *ſervos* & *liberos*.

HÆc quin olim maximam utilitatem habuerit, nemo dubitabit, qui jus Romanum aliquo

liquo ſaltem modo perſpectum habet. Hodie adhuc quidem habemus ſervos politice tales, qui operas nobis ex prævio contractu præſtant; ſed hi non ſunt ſervi in ſenſu juris Romani tales, niſi eo adhuc captivos Turcas forſan referre velis, hominum enim propriorum in Germania longe alia eſt conditio, quam ſervorum apud Romanos. Aſt cum & illi Turcæ rari ſint, patet exinde, vel nullum, vel admodum exiguum adlatæ diſtinctionis apud nos uſum eſſe.

DISTINCTIO IV.

Inter *Cives* & *Peregrinos*.

ET hujus quoque nullum amplius apud nos uſum eſſe, plerique, ſpero, mecum conſentient, vid. Lauterbach *ad h. t.* Exceptis iis locis, ubi nemo ad officia publica admittitur, niſi impetrato jure indigenatus, e. g. in Clivia, Becmann. *Diſp. de indigenatu §. 19.* Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. d. l. verb. aliquem habet uſum*, quibus moribus contrariatur conſvetudo in Caſtellæ regno, in Italia & Gallia quondam uſitata, vi cujus peregrini civibus intuitu officiorum præferebantur, vid. Brunnemann. *ad l. 2. C. de Offic. Pret.* Deinde quoque videndum eſt, an quis olim Civis fuerit illudque jus *propter præcedens delictum* amiſerit? Hoc enim caſu ſine dubio ille, qui peregrinus factus eſt, jure communi cum civibus amplius

uti non poterit, quo *banniti* vulgo referuntur. Solent iis communiter etiam *fuſtigatos & in perpetuum relegatos* accenſere; ſed hoc ſimpliciter concedere non poſſum, quia ejusmodi relegatis bona ſua non adimuntur, quod olim in deportatione fiebat, ſed eos per procuratores adminiſtrare poſſunt, unde hactenus jus civitatis omnino retinent. Quid in exteris regnis & Provinciis, v. g. in Gallia, Polonia, Boruſſia, &c. ratione peregrinorum obtineat, ad nos in præſenti non pertinet.

DISTINCTIO V.

Inter *Patres* - & *filiosfamilias.*

HUjus diſtinctionis maximam eſſe utilitatem ipſa praxis quotidiana loquitur. Filiifamilias non condunt teſtamenta, ex mutuo non obligantur propter SC. Macedonianum, in nuptiis obligantur ad conſenſum paternum impetrandum, cum Patribus habentur pro una perſona &c. Patres ipſis ſubſtituunt pupillariter, eos modice caſtigant, in bonis adventitiis uſumfructum habent, &c. vid. Dn. ab Andler *Juriſpr. publ. & privat. l. 1. tit. 5. part. 12. n. 5. ſeq.* Unde non video quomodo cum ſe ipſo conciliari poſſit Dn. Bejer, quando *in poſit. ff. tit. de his qui ſui vel alien. jur. poſ. 1. & 2.* fictionem unitatis adhuc obtinere aſſerit, poſtea autem *ad tit. de peculio poſ. 25*, de hac aſſertione iterum dubitat.

DISTINCTIO VI.

Inter liberos *legitimos* & *illegitimos*.

IN legitimos liberos pater exercet jura patriæ poteſtatis, neutiquam vero in illegitimos, ſive per eos naturales, ſive ſpurios, ſive ex damnato coitu natos intelligas. Privilegiis enim legum non utitur, qui in legem peccat, *l. 37. in f. ff. de minor.* Pertinet huc, quod liberis legitimis a patre portio legitima ſit relinquenda, illegitimis non item, quippe qui plane non ſuccedunt, niſi in caſu *Nov. 89. c. 12. §. 4.*

DISTINCTIO VII.

Inter *Monſtra* & *Oſtenta*.

OStenti vox dupliciter quidem capitur, ita ut monſtrum interdum ſub ſe comprehendat; nos tamen illam in præſenti in ſenſu ſpeciali accipimus, ita ut monſtro opponatur. *Monſtra* vulgo dicuntur, quibus caput humanum deeſt, ex principiis vulgaris philoſophiæ, quæ intellectum tanquam directorem voluntatis conſiderat ejusque ſedem regiam in capite collocat: *Oſtenta* vero ſunt, quibus natura membra humana vel ampliavit, vel mutavit, vel imminuit, v. g. ſi quis ſex digitos, vel duos ſaltem habeat, item ſi aliud aliquod membrum à forma membrorum humanorum recedat, vid. Feſtus *in voce* portentum & oſtentum, Gotho-

ſred. *ad l. 38. ff. de V. S.* Quantum vero ad effectum diſtinctionis attinet, monſtra non baptizantur: non ſuccedunt: non rumpunt teſtamenta, imo, ut uno verbo dicamus, jurium humanorum non ſunt capacia, quæ omnia in oſtentis ſecus ſe habent, vid. *l. 14. ff. de ſtat. hom. l. 10. §. ff. de Ædil. Edict. l. 38. ff. de V. S.* Dauth *de teſtam. num. 307. ſeqq.* conf. Dn. Henr. Chriſt. Stryk *intereſſe controverſ. c. 20. §. 5.* Ceterum monſtra hodie impune non occidi, (quod olim fiebat, vid. Brunneman. *ad l. 14. ff. de ſtat. hom.*) ſed extraordinariæ pœnæ locum eſſe oſtendit illuſtr. Stryk *in uſ. mod. ff. de ſtat. hom.* §. 15.

LIB. I. TIT. VI.

De his, qui ſui vel alieni juris ſunt.

DISTINCTIO I.

Inter Legitimatos ***per ſubſequens matrimonium & per Reſcriptum Principis.***

PRiores liberis legitimis per omnia comparantur, prout oſtendit Lauterb. *h. t.* etiam in ſucceſſione feudali, niſi Conſtitutionibus Provincialibus aliud cautum fuerit, ut in Marchia, vid. Illuſtr. Dn. Stryk *Ex. jur. feud. c. 15. qu. 38. b.* dantur enim ipſis teſtimonia

monia natalitia, daß Sie aus einem rechten/ ehelichen/unbefleckten/ungetadelten Ehebette gezeuget und gebohren/ Carpz. *P. 2. Conſt. 61. Def. 15.* Poſteriores autem cum liberis legitimis jam ante exiſtentibus non ſuccedunt, niſi Princeps ipſis hoc conceſſerit, ubi tamen ſemper excepta eſſe cenſetur Legitima, propter clauſulam illam, quæ in omni Principali Reſcripto ſubintelligitur: *ſalvo jure tertii*, vid. Carpzov. *loc. cit. Def. 27.* vid. *Nov. LXXXIX. c. 9. & ibi Compend. noſtr.*

DISTINCTIO II.

Inter legitimatos Reſcripto Principis *ante* & *poſt mortem Patris.*

PRiores mortuo patre ipſius collateralibus in ſucceſſione præferuntur, poſteriores non, quia collaterales in momento mortis jus quæſitum obtinuerunt, quod ipſis iterum auferri nequit. Exceptio eſt, niſi Pater in teſtamento de legitimatione liberorum diſpoſuerit, vid. *Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 10.*

DISTINCTIO III.

Inter Legitimatos *per oblationem Curiæ* & *alios.*

HÆc diſtinctio omnium confeſſione extra uſum eſt, vide, quæ diximus *in Compend. Novell. Juſtin. ad Nov. LXXXIX. c. 2.*

DISTINCTIO IV.

Inter *Legitimationem* & *Diſpenſationem ſuper macula nativitatis, ſive illegitimis natalibus.*

Theoretice hæc duo differre facile largior. Legitimatio enim in naturalibus locum habet, quorum parentes tempore concubitus in matrimonio vivere potuiſſent; diſpenſatio autem ad liberos inceſtuoſos & adulterinos pertinet. Sed in effectu differentiam adeſſe non puto. Legitimatus ſiquidem & diſpenſatus tantum juris conſequitur, quantum Princeps ipſi concedere voluit. Quid vero prohiberet, quo minus Princeps utrique idem jus concedere poſſet? Aſſertum Covarruviæ *de Matrimon. p. 2. c. 8. §. 8. num. 4. Diſpenſationem tanquam odioſam eſſe reſtringendam, legitimationem vero extendendam*, nullo fundamento nititur, & propterea jam rejectum eſt ab Illuſtr. Dn. Stryk *Uſ. modern. ff. h. t.* §. 15.

LIB. I. TIT. VII.

De Adoptione, Emancipatione &c.

DISTINCTIO I.

Inter *Arrogationem* & *adoptionem.*

Quam-

QUamvis arrogationes & adoptiones hodie rarius fiant; non tamen omnino nullus hujus diſtinctionis uſus eſt, quia interdum adhuc fiunt, unde in tali caſu præciſe eo reſpiciendum, ut arrogatio ab ipſo Principe confirmetur, ſeu, prout puto, à Regimine, quod Principis perſonam in illa Provincia repræſentat.

DISTINCTIO II.

Inter Adoptionem *plenam* & *minus plenam*.

PLena adoptio dicitur, quando aſcendens aliquem adoptat, v. g. avus nepotem in locum filii, §. 6. *J. h. t.* Cur vero hoc faciebant aſcendentes? credo propterea, quia nepotes ex filiis emancipatis, vel ex filiabus, non erant agnati & ſic neque ſuccedebant. Hodie vero, quia per *Nov. 118.* omne diſcrimen inter filios ſuos & emancipatos ſublatum eſt; ergo vix dabitur exemplum adoptionis illius plenæ.

DISTINCTIO III.

Inter *Alumnum* & *adoptivum*.

ALumnus dicitur, qui ſuſcipitur, alitur, & inſtar filii tractatur, privata tamen autoritate & ſine confirmatione judiciali: adoptivus contra, ubi confirmatio Magiſtratus accedit. Prior non ſuccedit, niſi teſtamento heres ſcriptus

ptus ſit, quamvis etiam, ut heres ſcribatur, nulla jura exigant. Poſterior vero inſtar liberorum naturalium ſuccedit. Quod in praxi bene obſervandum, quia plures dantur alumni, quam adoptivi. Conf. Illuſtr. Dn. Stryk *uſ. modern. ff. h. t. §. 1.*

DISTINCTIO IV.

Inter Emancipationem *tacitam* & *expreſſam.*

USum hujus diſtinctionis peculiarem eſſe putat Frid. Ludov. Hünefeld *de jur. & pot. parent. circ. relig. liber. ſect. 1. cap. 1. §. 19.* dum, juxta ipſius mentem, tacita emancipatio liberos non aliter nexui patriæ poteſtatis eximit, quam quoad ea, quæ his per poteſtatem illam ratione bonorum gravia ſunt, quoad cetera vero iidem in familia & ſui heredes permanent, quam ſententiam hauſit ex Analectis *ad inſtit. p. 42. §. 7. in f.* ubi etiam *p. 124. §. 3.* illa exemplo declaratur, quod ſcilicet *expreſſe* emancipati ad inofficioſi querelam non admittantur, niſi litem ordinaverint per impetratam bonorum poſſesſionem, bene autem *tacite* emancipati. Verum enim vero cum taciti & expreſſi ubique eadem habeatur efficacia; nobis de uſu hujus diſtinctionis tam diu dubitare licebit, donec contrarium probatum fuerit, cujus nuda aſſertio non ſufficit. Si ergo tacite emancipati admittuntur ad querelam,

lam, cur non etiam illi, qui per expreſſam emancipationem liberati a patria poteſtate? *Nov. 118. c. 5.* de ſucceſſione ab inteſtato directe quidem loquitur, ſed non *ſolummodo*, ex identitate rationis ſublata ibi differentia inter ſuos & emancipatos ad quoscunque caſus pertinet. Et ſi non pertineret, ex quo fundamento tacite emancipati exciperentur?

LIB. I. TIT. VIII.

De Rerum diviſione & qualitate.

DISTINCTIO I.

Inter Jus *in re* & *ad rem*.

TAm utilis eſt hæc diſtinctio, ut eandem fundamentum totius praxeos vocare haud dubitem. Quid frequentius eſt in foro, quam ut Actoribus exceptio non competentis actionis opponatur, interdum ex rei veritate, interdum etiam ſine genuino fundamento, & tamen nemo de validitate hujus exceptionis judicare poteſt, niſi qui naturam adlatæ diſtinctionis probe perſpectam habet. Advocatus ergo antequam ad conficiendum libellum ſeſe accingit, diligenter examinet, ex quo fonte inſtituenda actio profluat. Actio nempe ex jure in re proveniens, ut

rei vindicatio, hereditatis petitio, actio confeſſoria, hypothecaria & de jure canonico etiam remedium poſſeſſorium ex *can. redintegranda, c. 3. qu. 1. contra quemcunque poſſeſſorem* competit, quamvis nullum nobis cum eo negotium unquam intercesserit; e contrario autem actio perſonalis *ex contractu* proveniens *contra contrahentem ſolum ejusque heredes* dirigitur, licet rem petitam non poſſideant, non vero contra tertium rei poſſeſſorem. Actio perſonalis *ex delicto* hactenus quidem cum actione ex contractu coincidit, quod contra tertium v. g. rei per furtum ablatæ poſſeſſorem, non competat, ſed in perſona delinquentis ſit radicata quaſi; in eo tamen ab illa recedit, quod *contra ſolum delinquentem* detur, *non vero* reguلariter *contra ipſius heredes*, quippe qui facta defunctorum honeſta, v. g. ex contractibus, præſtare quidem tenentur, non vero inhoneſta, ſive turpia. Duæ tamen ſunt exceptiones, *niſi lis conteſtata fuerit*, & *niſi aliquid ex delicto ad heredes pervenerit*, tunc enim actio ex delicto proveniens etiam contra heredes locum invenit. Nota hic iterum exceptionem: condictio furtiva indiſtincte contra heredes competit, *l. 7. §. 2. ff. de condict. furt.* Pertinet huc integer tractatus Illuſtr. Dn. Strykii *de actionibus forenſibus inveſtigandis & caute eligendis*, ubi ſingula fuſius proponuntur, quæ repetere limites brevis hujus tractatus non permittunt.

DI-

DISTINCTIO II.

Inter res *in commercio* & *extra commercium.*

USum hujus diſtinctionis ex ipſis ſtatim vocabulis cognoſcere licet. Circa res in commercio exiſtentes quosvis contractus inire permiſſum eſt. Eæ vero, quæ ſunt extra commercium, facultatem contrahendi non concedunt, §. *2. J. de inutil. ſtipul.* Et hinc licet quis rem ſacram, religioſam, &c. bona fide & juſto titulo acquiſiverit, uſucapioni tamen locus non eſt, §. *1. J. de Uſucap.* Excipe, niſi immemoriali tempore eam poſſederit, vid. Illuſtr. Dn. Stryk. *de act. inveſt. ſect. 4. membr. 5. num. 180.*

DISTINCTIO III.

Inter *res ſacras* & *eccleſiaſticas.*

RES ſacræ, ut modo dictum, non præſcribuntur, niſi tempore immemoriali; bona autem eccleſiaſtica concurrentibus reliquis uſucapionum requiſitis 40. annis, *Auth. Quas actiones. C. de SS. Eccleſ.* Illæ non alienantur, niſi ob ſummam *neceſſitatem*, cujus exempla paſſim adferuntur, ſi pauperes alendi, captivi redimendi, &c. hæc vero ob *utilitatem* eccleſiæ quoque alienare permittitur, *c. 52. cauſ. 12. qu. 2.*

DISTINCTIO IV.
Inter res *mobiles* & *immobiles*.

HUjus diſtinctionis utilitas alia eſt de jure Saxonico, alia de jure civili. In Saxonia maritus eſt heres mobiliaris uxoris, immobilia cedunt heredibus ab inteſtato, vid. Richter *de ſucceſſ. ab inteſt. ſect. 4. membr. 1.* Et ergo uxor de hiſce mobilibus teſtari nequit, Carpz. *P. 3. C. 7. Def. 4.* Item in Saxonia alienatio rerum immobilium judicialiter fieri debet, nec non oppignoratio, vid. Struv. *Jur. Rom. Germ. l. 2. tit. 35. §. 9.* ſecus in mobilibus. De jure Civili minorum bona mobilia alienantur ſola accedente Tutoris autoritate, in immobilibus decretum Judicis præterea requiritur, *t. t. ff. de reb. eor.* Maritus res dotales mobiles alienat quidem, ſed non immobiles, *pr. J. quib. alien. lic.* In immobilibus attenduntur leges rei ſitæ, in mobilibus ſtatuta domicilii, quod præcipue in concurſu creditorum uſum habet, v. Brunnem. *de Proc. Conc. Cred. c. 5. §. 68.* ubi exemplum. Immobilia liberant ab onere præſtandæ cautionis, mobilia non, *l. 15. ff. qui ſatisd. cog.* Venditis ædibus omnia debentur, quæ per deſtinationem patrisfamilias earum acceſſoria & ſic etiam immobilia facta ſunt, was Erd⸗Nied⸗ und Nagelfeſt iſt / Carpzov. *P. 2. C. 33. Def. 20.* Mobilia præſcribuntur triennio, immobilia decennio vel vicennio: immobilia retrahi poſſunt ob conſangvinitatem,

non

non autem mobilia, Struv. *Jpr. R. G. l. 3. tit. ii. §. 34.* Quando bona confiſcantur, mobilia cedunt Judici domicilii, immobilia judici rei ſitæ, vid. *Capit. Joſeph. art. 26.* Schöpff. *Synopſ. jur. tit. de bon. Damn. in fin.*

Reliqui Tituli hujus libri I. de Magiſtratibus Romanis agunt, quos adeo cum Lauterbachio aliisque tuto præmittere licebit.

LIB. II. TIT. I.

De Jurisdictione.

DIST. I.

Inter Jurisdictionem *voluntariam* & *contentioſam*.

Voluntaria etiam à Judice incompetente & extra territorium exercetur, v. g. in inſinuatione teſtamentorum, emancipatione, adoptione, &c. *v. l. 2. ff. de Off. Proconſ.* & quos hic allegat Lauterbachius; contentioſa nonniſi à Judice competente & intra territorium. Hæc quoque reguláriter in loco judicii ſolum expediri debet, voluntaria in quocunque loco, *v. §. 2. J. de libert.* ubi de manumiſſione. Voluntaria exercetur in cauſa propria, *l. 3. & 4. ff. de adopt.* unde & Comites Palatini proprios ſpurios legitimare, item Nobiles coram propriis ſuis judiciis teſtamenta inſinuare omnino poſſunt; ſed quo-

ad contentioſam nemo in cauſa propria Judex eſſe poteſt, ob præjudicium adverſario inde metuendum.

DISTINCTIO II.

Inter Jurisdictionem *ordinariam* & *extraordinariam*.

ACtus extraordinariæ jurisdictionis, v. gr. Tutoris datio, ejus remotio, &c. olim non à quolibet Magiſtratu expediri poterant, ſed ſpecialiter obtinebantur; ſed hodie ſecus, cum actus ordinariæ & extraordinariæ jurisdictionis in uno eodemque ſubjecto concurrant, conſentientibus omnibus DD. Ex quo conſequitur, uſum hujus diſtinctionis in praxi eſſe omnino nullum.

DISTINCTIO III.

Inter jurisdictionem *perſonalem* & *realem*, ſive *patrimonialem*.

PRior cum perſona expirat nec ad heredes transmittitur: poſterior tanquam feudi acceſſorium quemlibet ejusdem poſſeſſorem ſequitur. Prioris fœminæ non ſunt capaces ob *l. 2. ff. de R. J.* bene tamen poſterioris, eo ſcilicet caſu, quando ipſius feudi ſucceſſio ad easdem devolvitur, feuda enim juri Romano ſunt incognita & propterea in jure feudali hactenus ad illud provocari nequit. Addendum & hoc eſt cum Dn. Beiero *in poſit. ff. ad h. t.*

h. t. poſ. 21. quod mulctæ & alia commoda jurisdictionis cedant ei, qui pollet Jurisdictione patrimoniali, non ei, qui habet jurisdictionem jure officii, als welcher Sie zu berechnen ſchuldig / quamvis & hic interdum exceptio eſſe poſſit, præcipue quoad ſportulas, quæ ſæpe loco ſalarii conceduntur Officialibus.

DISTINCTIO IV.

Inter *Facti cognitionem, ſ. nudam notionem, Jurisdictionem in ſpecie* & *mixtum imperium.*

NUda notio Judicibus pedaneis competebat, *l. 5. pr. ff. de re judic.* Jurisdictio autem ordinariis Magiſtratibus, quamvis & hujus diverſi gradus erant, prout Magiſtratus vel major, vel minor erat. Hæc differentia hodie ſine dubio ceſſat, cum judices pedanei ceſſent & Magiſtratus noſtri cum Magiſtratibus Romanis comparari nullo modo queant. Inter jurisdictionem & mixtum imperium ipſo jure Romano realis differentia non intercedebat, quia ſemper conjuncta erant hæc duo, *v. l. 1. in f. l. fin. §. 1. ff. de Offic. ejus, cui mandat. eſt jurisd.* ſola ergo abſtractione differebant, quia jurisdictio facultatem *decidendi*, imperium autem jus *exequendi* decreta denotabat, & ergo hodie alius uſus illi diſtinctioni adſcribi nequit. Poſſet equidem fieri, ut adhuc hodie alicui ſola decidendi poteſtas ſine imperio

concederetur; ſed hoc pertineret ad exceptiones, nos loquimur de eo, quod regulariter obtinere ſolet.

DISTINCTIO V.

Inter Jurisdictionem *propriam* & *mandatam*.

PRopriam exercet Judex vel ipſe, vel per alium; at vero mandata alteri iterum mandari nequit, *l. fin. pr. ff. de offic. ejus, cui mandat. eſt jurisd.* quia perſonæ induſtria eſt electa. Excipitur communiter ab ipſo Principe delegatus, *l. 5. C. de judic.* Porro jurisdictio propria regulariter in omnibus cauſis obvenientibus exercetur, ſed in mandata ad tenorem mandati eſt reſpiciendum, quo referri poteſt, quod de commiſſionibus dici ſolet, eas eſſe ſtricti juris, & non licere Commiſſariis limites commiſſionis excedere, *c. 22. X. de Reſcript.* Gail. *lib. 1. Obſ. 35. num. 2. & 3.* Carpzov. *P. 1. C. 1. Def. 17.*

DISTINCTIO VI.

Inter Jurisdictionem *propriam* & *prorogatam*.

PRior iterum ad omnes cauſas ſeſe extendit: poſterior autem ad eam ſaltem cauſam reſtringitur, in qua prorogatio facta eſt. Ergo quando is, qui alias ſub foro Academico eſt, coram Senatu oppidano ſponte compa-

ret ejusque jurisdictionem in hac cauſa prorogat, tunc Senatui quoad aliam cauſam in eundem civem Academicum invitum jurisdictionem exercere non eſt permiſſum. Ceterum Statuum ſubditis hodie jurisdictionem prorogare non licere cum aliis putat Lauterbach *h. t.* ſed hanc opinionem nulli fundamento ſuperſtructam jam refutavit Illuſtr. Stryk, *uſ. modern. ff. h. t.* §. 24. *ſeqq.*

DISTINCTIO VII.
Inter Jurisdictionem *civilem* & *criminalem*.

MAximus hujus diſtinctionis uſus ſeſe exſerit in iis locis, ubi alteri civilis, alteri criminalis jurisdictio competit, v. g. hic in Saxonia Nobiles interdum priori ſaltem gaudent, poſterior autem Præfectis, denen Amtleuten/ Amtſchöſſern / competit, ubi accurate ſciendum, quid ad alterutram referatur, ne alter alterius jura involet, quod ſæpe maximis litibus occaſionem præbet. Separandum autem hic eſt jus Saxonicum a jure civili. In Saxonia non ſolum lites civiles, ſed & delicta leviora, v. g. Haar rauffen/ Naſenbluten/ Maulſchellen/ Zähnbluten/ ſo die Zähn nicht wackeln/ &c. ad civilem ſive baſſam pertinent, graviora autem ad altam ſeu criminalem, Carpzov. *Prax. crimin. qu.* 109. *n.* 26. 27. 28. Extra Saxoniam vero, ubi merum jus Romanum obtinet, nullæ cauſæ criminales ad jurisdictionem infe-

riorem referuntur, Illuſtr. Dn. Stryk *d. l.* §. 8. Notat tamen & ipſe Carpzovius *loc. cit. n. 38.* hic ante omnia ad conſuetudinem uniuscujusque loci reſpiciendum eſſe. Pertinet huc, quod enſis in rixa evaginatus, ſi nemo vulneratus fuerit, ad judicem inferiorem; ſi vero vulneratio ſecuta, ad ſuperiorem pertineat, Carpzov. *l. c. n. 52.*

DISTINCTIO IIX.

Inter Jurisdictionem *eccleſiaſticam* & *ſecularem*.

QUia apud Pontificios cauſæ eccleſiaſticæ Principum cognitioni de facto ſunt exemtæ; hinc apud eos maximum momentum in hac diſtinctione poſitum eſt. Apud nos ejus uſus hac ratione ſeſe exerit, ne judex ſecularis Conſiſtoriorum juribus aliquid detrahat. Conſiſtoria tamen ea etiam ſibi arrogare non debent, quæ ad jus circa ſacra pertinent, v. gr. quando de tolerantia eorum agitur, qui diverſæ religioni ſunt addicti, &c. hæc enim ipſe Princeps per Conſiliarios intimos expedit. Cauſas ad forum eccleſiaſticum pertinentes recenſet Schilter. *Inſt. jur. Canon. l. 1. tit. 5. §. 6. ſeqq.*

Lib. II. Tit. II.

De in jus vocando.

DISTINCTIO I.

Inter *in jus vocationem Romanam* & *hodiernam*.

IN jus vocatio Romana fiebat privata autoritate & adverſarius comparere recuſans obtorto collo ad Prætorem rapiebatur, vid. *Fragm. L L. XII. Tabb. Tit. 7. ibique Gothofr. in not.* unde parentes, omnesque Perſonas, quibus reverentia debetur, in jus vocare ſine veniæ impetratione non licebat, *l. 2. 4. 6. ff. h. t.* nec de domo ſua aliquis extrahi poterat, *l. 18. & 21. eod.* hodie autem, quia omnis citatio autoritate judicis ſuſcipitur & ſic reverentiam non lædit, omnia illa ceſſant, citationes in domibus recte inſinuantur & contumaces per miniſtros Judicis ex domo quoque extrahi poſſunt. Inepte ergo in ejusmodi caſibus ad Leges Romanas provocatur, cum & hic ſine dubio locum habere debeat illud tritum: mutationem ſtatus involvere mutationem juris. Et citatio privata autoritate facta nullum omnino effectum poſt ſe trahit.

DISTINCTIO II.

Inter Citationem *verbalem* & *realem*.

VErbalis regulariter obtinet; ſed ad realem Judex inconſulto provolare non debet,

quia illa famam citati apud honeſtos viros ſuggillat, unde cauti judices, ſi indicia non adeo liquida ſunt, ante omnia à Collegio juridico quodam informationem petere ſolent, ob die indicia zulänglich ſeyn / daß zur Hafft geſchritten werden könne? alias enim Judex nimium facilis actione injuriarum conveniri poteſt, conf. Einleitung zum Peinlichen Proceß *cap. 2, §. 4.* Et huic quoque actioni tunc locus eſt, quamvis aliquis delictum atrox commiſerit, quod tamen ad cognitionem judicis incarcerantis non ſpectat, multa enim hic ſub prætextu quidem publicæ utilitatis, revera tamen ex privato adfectu ſuſcipiuntur, cui probus Judex indulgere non debet. Interim ubi *Jus Cambiale* receptum eſt, ibi facilius ad capturam pervenitur.

DISTINCTIO III.

Inter Citationem *privatam* & *publicam*, *ſeu Edictalem*.

IDem hic monendum venit. Ad citationem namque Edictalem Judex etiam non facilis eſſe debet, quoniam per eandem quoque fama citati aliquod detrimentum patitur. Unde ſi Judex hic exceſſum committat, eadem, de quibus modo dictum, remedia contra ipſum locum invenient. Item appellationi locus eſt, Gail. *1. Obſ. 57. num. 1.* Tunc ergo ſaltem decernitur, quando privata effectum ſuum ſortiri nequit, e. g. in fugientibus & latitan-

citantibus, v. gr. in cauſa malitioſæ deſertionis, commiſſi criminis, &c. Item, ob multitudinem citandorum, v. g. in concurſu creditorum, ſed tunc ſaltem indefinite an alle und jede des Titii Creditores concipitur citatio, conf. Mev. *P. 1. Dec. 285. & P. 3. Dec. 415.*

DISTINCTIO IV.

Inter Citationem *immediatam* & *mediatam*, ſive *ſubſidialem*.

Uſus ſe in modo inſinuandi exſerit, immediatam ipſe Judex inſinuari curat, vel etiam Actor, v. g. Senatus Hallenſis civibus ſuis, quod de regimine etiam procedit, hoc enim quia in cauſis appellationum competentem jurisdictionem exercet, hinc etiam, ut Senatus ſubſidio in illis cauſis utatur, opus non habet. Secus eſt intuitu Academiæ, item ſi Senatus Hallenſis civi Lipſienſi citationem inſinuari juberet, hæc enim nullum poſt ſe traheret effectum, niſi auxilio Senatus Lipſienſis implorato, quippe qui autoritate ſua interpoſita pondus citationi addere debet. Conſiſtoria in cauſis Eccleſiaſticis in toto territorio jurisdictionem exercent, ergo etiam in iisdem nullius ſubſidio indigent. Ita ſi alter civilem, alter criminalem in eodem loco exerceat juriſdictionem, neuter alterius opem implorat, uterque enim pro diverſitate cauſarum eſt judex competens. Et hæc pertinent ad illuſtra-

tionem eorum, quæ Lauterbach hac de materia tradit *ſub hoc tit.* vid. Franzk. *l. 1. reſol. 8. n. 15.* Carpzov. *l. 3. Reſp. 23.*

DISTINCTIO V.

Inter Citationem *dilatoriam* & *peremptoriam.*

IN dubio potius dilatoria præſumitur citatio, quam peremtoria, hæc ultima enim ad excluſionem juris tendit, ad quam ſtatim procedere voluiſſe Judex non eſt cenſendus. Quod ſi quis ergo emanſit dilatorie citatus, in expenſas quidem condemnari poteſt, ad privationem ipſius juris autem non ſtatim devenitur, quod ſecus in peremtoria. Quamvis vero in multis locis, v. g. in Saxonia, Ducatu Luneburgenſi, in Pomerania, &c. ſtatutum ſit, ut omnes citationes peremtorie fiant; ſimul tamen tunc obſervandum, quod ejusmodi citatio ſpatium trium dilatoriarum in ſe continere debeat, vid. Brunnem. *Proc. Civ. C. 3. n. 29. 30. 31.* Imo quando de privatione juris agitur, una pro pluribus non ſufficit, Mindan. *de Mandat. l. 2. c. 2. num. 21.* Unde ſcio, in Saxonia neminem haberi pro confeſſo & convicto, niſi iterata citatio ſub expreſſa commінatione confeſſi & convicti præceſſerit.

LIB. II. TIT. III.

Qui ſatisdare cogantur &c.

DISTINCTIO I.

Inter Cautionem *fidejuſſoriam*, *pignoratitiam* & *juratoriam*.

UBicunque olim Leges ſatisdationem requirebant, ibi eadem fidejuſſoribus præſtanda erat, nec pignora regulariter ſufficiebant, quia habent certam æſtimationem, condemnatio autem & ſic futura ſolutio incerta adhuc eſt, *l. 1. ff. h. t. l. 7. ff. de prætor. ſtipul.* quam *l. 7.* Gothofredus *in not. ad eand.* minus recte explicat, ac ſi pignora quidem ſufficiant, Actor autem ad ea danda invitus compelli nequeat. Hodie vero perinde eſt, ſive fidejuſſoribus, ſive pignoribus aliquis caveat, modo pignora eam habeant æſtimationem, ut illud, in quod probabiliter condemnandus eſt reus, exinde ſolvi poſſit, tunc enim revera locum habet, quod vulgo dicitur; plus cautionis in re eſſe, quam in perſona, vid. Carpzov. *P. 1. C. 5. D. 7.* & quos citat illuſtr. Stryk. *Uſ. mod. h. t. §. 8.* Ad juratoriam cautionem nemo admittitur, niſi ſit probæ exiſtimationis & non ſuſpectus de fuga, Zanger. *de Except. P. 2. C. 21. n. 48.* Carpzov. *d. l. n. 2.* Addunt nonnulli etiam nude promiſſoriam in iis, qui immobilia poſſident, ſed hæc non eſt cau-

cautio, ſed potius relevatio à cautionis præſtatione.

DISTINCTIO II.

Inter Cautionem *judicialem* & *extrajudicialem : civilem* & *prætoriam.*

HÆc uſum aliquem non præſtat, niſi ut diverſi caſus præſtandæ cautionis, item cauſa efficiens ejusdem diſtincte concipiatur, Modus enim præſtandi cautionem ubique idem eſt.

LIB. II. TIT. XII.
De Feriis & Dilationibus.

DISTINCTIO I.

Inter Ferias *divinas* & *humanas.*

ACtus in feriis divinis ſ. feſtis, mobilibus, ſive immobilibus, ſuſceptus nullitate laborat, licet partes hiſce feriis renunciaverint, *c. fin. X. h. t.* unde contra ſententiam, vel Decretum, die dominica, vel alio die feſto promulgatum appellatione, vel Leuteratione opus non eſt, ſed querela nullitatis competit. Quantum vero ad humanas ferias attinet, partes iisdem omnino renunciare poſſunt, ſive ſint urbanæ, ſive ruſticæ, inter eas enim hactenus non eſt differentia, *d. c. f. X. h. t.* & tunc id, quod geſtum eſt, eatenus ſubſiſtit,

ſiſtit, ut is, qui ſe gravatum putat, remedia ſuſpenſivá adhibere teneatur. Permittuntur tamen in feriis divinis actus voluntariæ jurisdictionis, & ubi periculum in mora, v. gr. in tumultu, ſi pax publica læditur, *lib. 10. C. h. t.* quo pertinet etiam caſus *l. 3. h. t.* vid. *c. 3. X. eod.* In feriis humanis quæcunque cauſæ criminales peraguntur & ubi alias periculum in mora eſt, vid. Lauterbach *h. t. ibique alleg.*

DISTINCTIO II.

Inter Ferias *urbanas* & *ruſticas.*

RUſticæ omnibus proſunt, etiamſi meſſe, aut vindemia non ſint occupati: urbanæ autem ad ſolos mercatores pertinent, non vero ad reliquos cives, vid. Gothofred. *ad l. 1. pr. ff. h. t.* Carpzov. *P. 1. C. 3. Def. 22.* it. *Conſt. 30. Def. 24.*

DISTINCTIO III.

Inter Ferias *ordinarias* & *repentinas.*

FEriis humanis ordinariis renunciare pro lubitu poſſunt partes ex principiis vulgaribus; at vero licet omnibus renunciaverint, hoc tamen ad repentinas non extenditur, Lauterbach. *hic.* Nicolai *de Proceſſ. P. 1. cap. 3. num. 37.* renunciatio enim ad non cogitata nec præviſa non extenditur.

DISTINCTIO IV.

Inter dilationem *citatoriam*, *deliberatoriam* & *probatoriam*.

DEliberatoria hodie non amplius datur, poſtquam libellus eique adjuncta documenta ſtatim cum citatione adverſario transmittuntur & ſic illa ipſi citatoriæ jam ineſt, *v. Rec. Imp. noviſſ.* §. dieſem nächſt *34. in fin.* Putat quidem B. Brunnem. *in Proc. civ. c. 3. n. 13.* tunc eam adhuc hodie peti poſſe, ſi libellus non fuerit communicatus; ſed ad hoc nemo adſtringitur, quin potius eo caſu exceptio non communicati libelli meliori jure opponitur. Remanet itaque citatoria & probatoria, de quibus notandum, quod probatoria ſemper ſit peremtoria, non autem citatoria, vid. Gail. *l. 1. Obſ. 91. num. 1.*

DISTINCTIO V.

Inter Dilationem *legalem*, *conventionalem* & *judicialem*.

USus hic nullus eſt, niſi ut diverſa harum dilationum cauſa efficiens cognoſcatur. Hoc unicum ſaltem notandum, quod ea ſpecies legalis dilationis, quæ ad interponendam appellationem aliaque remedia ſuſpenſiva conceditur, à Judice prorogari nequeat, quod ſecus eſt in reliquis, Illuſtr. Stryk. *introd. ad prax. c. 23. §. 5.*

DISTINCTIO VI.

Inter Dilationem *primam*, *ſecundam* & *tertiam*.

Dilationes, quia ad defenſionem non parum conferunt, merito favorabiles habentur; ſed ſimul tamen, quia optima etiam remedia abuſui ſunt obnoxia, Judex in iis concedendis debitam circumſpectionem adhibere debet. Fluit hinc uſus practicus adlatæ diſtinctionis. Scilicet prima dilatio ad nudam fere impedimenti allegationem conceditur, Carpzov. *de Proceſſ. tit. 13. art. 1. num. 65. ſeqq.* in ſecunda concedenda non æque facilis eſſe ſolet Judex, niſi impedimentum ſummarie doceatur: tertia (olim quarta) non conceditur, niſi cum ſolennitate legali, id eſt, præſtito juramento calumniæ & accedente cauſæ cognitione, nec non plena impedimenti probatione, *vid. Receſſ. Imp. noviſſ.* §. den *punctum probationis. 50.* Brunnem. *Proc. Civ. C. 6. num. 9. ſeqq.* Si Procurator eam petit, ſpeciale mandatum requiritur ab omnibus litis conſortibus ſubſcriptum, Mev. *P. 5. Dec. 391.*

DISTINCTIO VII.

Inter *prorogationem* & *dilationem*.

Uſum diſtinctionis poſt *Receſſ. Imp. noviſſ.* §. *50.* in eo ponit Illuſtr. Stryk. *uſ. mod. ff. h. t.* §. *19.* quod prorogatio termini ſemper ante

ante ejus lapſum ſit petenda, ſecunda autem dilatio etiam prima elapſa impetrari queat, idque propter verba *d. Receſſ.* daß nach Verflieſſung des erſten *termini probatorii* oder erſten *dilation* die zweyte *dilation* ertheilet werde; Praxis tamen hic eſt in contrarium, ut idem Vir illuſtris notat, juxta quam etiam ſecunda dilatio ante lapſum primæ petenda erit.

LIB. II. TIT. XIII.

De Edendo.

DISTINCTIO I.

Inter Libellum *ſimplicem* & *articulatum*.

PRior ubique admittitur, poſterior non item, quippe qui in Saxonia, nec non in Camera Imperiali ſemper rejicitur, idque propter multas diſputationes, quæ ſuper relevantia aliisque articulorum qualitatibus oriri ſolent, *Rec. Imp. noviſſ.* §. dieſemnächſt nun *27. &* §. zu Beforderung 59. Berlich. *P. 1. Concl. 12. num. 3.* Carpzov. *P. 1. Conſt. 2. Def. 1.* Mores Provinciarum extra Saxoniam variant, in plerisque tamen libellus articulatus in cauſis civilibus non admittitur.

DISTINCTIO II.

Inter Libellum *civilem* & *criminalem*.

LIbellus civilis ſpeciali petito opus habet, alias tanquam ineptus rejicitur; aſt in crimina-

minalibus generalis ſufficit, den angeklagten denen Rechten nach mit gebührender Straffe anzuſehen / vid. Weſenbec. *Parat. ff. de accuſat. num. 12.* Criminalis adhuc articulatus eſſe ſolet, civilis non, Illuſtr. Dn. Stryk. *introd. ad prax. forenſ. c. 7. §. 2.*

DISTINCTIO III.

Inter Libellum *ordinarium* & *ſummarium.*

IN utroque requiritur facti narratio, & petitum ſpeciale, differunt tamen in eo, quod ordinarius ſemper in ſcriptis offerri debeat, ſummarius non item, *Clem. ſæpe. de V. S.* & quod in ſummario non attendatur ineptitudo forſan admiſſa, modo conſtet quadantenus, quid Actor velit, Scaccia *de Judic. lib. 1. c. 50. num. 16.* Brunnem. *Proc. civ. c. 8. num. 13.* nec puto in ſummario omnibus clauſulis opus eſſe, quæ libello ordinario ex conſvetudine locorum inſeri conſveverunt. De diverſo petito, vid. *Doctrin. ff. h. t. §. V.*

DISTINCTIO IV.

Inter Libellum *Conventionalem* & *Reconventionalem*: *primæ* & *ſecundæ inſtantiæ.*

HAs ſpecies non aliter, niſi ratione diverſarum cauſarum & inſtantiarum, differre puto. Quantum enim ad eſſentialia libelli

pertinet, hæc ubivis eodem modo obſervari debent, niſi quod in libello ſecundæ inſtantiæ formalia v. gr. appellationis, &c. ſemper juſtificari debeant, prout Practici loqvuntur.

DISTINCTIO V.

Inter cauſam petendi *proximam* & *remotam*.

USus diſtinctionis non exiguus deprehenditur circa libellum rite formandum, adeoque vere practicus. Scilicet actiones inſtitutæ vel ſuperſtruuntur juri in re, vel ad rem, & propterea ſunt vel reales, vel perſonales. In realibus cauſam proximam (ſive generalem, ut aliqui malunt) exprimere ſufficit, v. g. in rei vindicatione, *quia ſum dominus*: in hereditatis petitione, *quia ſum heres*: in confeſſoria actione, *quia mibi ſervitus eſt conſtituta*: in hypothecaria, *quia mihi res oppignorata*: in interdictis retinendæ vel recuperandæ poſſeſſionis, *quia ſum, vel fui in poſſeſſione*. Aſt in perſonalibus cauſam remotam (ſeu ſpecialem juxta alios) adducere oportet. Ergo non ſufficit, ſi dicam: *Peto Titium condemnari, quia mibi centum debet ex contractu, vel delicto*; ſed ita medius terminus formandus: *quia mibi centum debet ex mutuo, ex emto, ex locato, ſocietate, &c.* item *quia me injuriis affecit, quia damnum mihi intulit, rem mihi furto abſtulit*; &c. Hæc ita quoad regulam juris. Quod ſi enim de prudentiæ regulis ſolliciti ſumus, in realibus quo-

oque utile eſt, ut cauſa remota inſeratur libello, *v. g. ſum Dominus ex praecedente emtione, [d]onatione: ſum heres ex pacto, ex teſtamento, ab [int]eſtato: conſtituta mihi eſt ſervitus per contra[ctu]m emtionis, donationis, in teſtamento: oppigno[ra]ta mihi eſt res propter mutuum, propter reſidu[am] partem mercedis, &c.* quamvis enim tunc [ca]uſam illam remotam forſan probare neque[am], ad aliam tamen reverti poſſum, e. g. dixi [m]e eſſe dominum ex emtione, ſed ſuccubui [in] probatione; poſſum me dicere dominum [ex] donatione, permutatione, &c. & proceſſ[u]m denuo inchoare, exceptio enim rei judi[cat]æ mihi non obſtat, quoties ex nova cauſa [ago]. Aſt ſi libellum generaliter formavi, ſo[la]m cauſam proximam adducendo & tamen [pro]bare non potui, ſed alter abſolutus fuit; [tun]c ſi de novo agere velim, exceptio rei ju[dic]atæ mihi obſtat, quia omne jus meum jam [sim]el in judicium deduxiſſe videor, vid. Ob[rec]ht *de libell. c. 11. n. 68. 70.* Brunnem. *de Proc. l. c. 5. num. 6.*

DISTINCTIO VI.

Inter *mutationem* & *emendationem* libelli.

[P]rior fit in ipſis ſubſtantialibus libelli, v. g. in cauſa petendi: poſterior ſaltem in [accid]entibus, v. gr. circa quantitatem petita[m, fruc]tus, expenſas, &c. Prior permittitur ſo[lum] modo uſque ad litis conteſtationem, po-

ſterior vero usque ad ſententiam ipſam, ſeu, quod rectius videtur, usque ad cauſæ concluſionem, Mev. *ad Jus Lubec. P. 5. tit. 3. Art. 1. n. 5. & 6.* Illuſtr. Dn. Stryk. *introd. ad prax. for. c. 7.* §. *12.* in Saxonia usque ad præſtitam guarandam libellum mutare licet, Zanger. *de Except. P. 2. C. 21. n. 70.* Ceterum obſervavi, multos D D. vocabula *emendationis* & *mutationis* promiſcue ſumere & ſic nec emendationem poſt litem conteſtatam permittere, v. Mev. *d. l. item num. 1.* à qua tamen confuſione merito abſtinendum.

DISTINCTIO VII.
Inter Libellum *generalem* & *ſpecialem*.

POſterior regulariter locum habet, prior non, niſi in actione univerſali, & generali, v. g. hereditatis & dotis, pro ſocio, tutelæ, &c.

DISTINCTIO IIX.
Inter Libellum *ſimplicem* & *alternativum*.

POſterior non admittitur, niſi in obligatione alternativa, v. gr. ſi ex *l. 2. C. de reſc. vend.* agitur, item in cauſis mercatorum & criminalibus, v. Lauterbach. *h. t.*

LIB. II. TIT. XIV.
De Pactis.

CUm apud omnes, ni fallor, in confeſſo ſit, ea quoque pacta, quæ apud Romanos nuda

da vocabantur, firmam producere obligationem & actionem; hinc inutile eſſe cenſeo, ut omnes pactorum diſtinctiones, quas Lauterbachius, Franzkius, aliique plures magno conatu adferunt, in ſpecie percurramus. Nobis hoc unicum dixiſſe ſufficiat, in uſu praxeos nihil intereſſe inter pacta nuda, legitima, adjecta in continenti & ex intervallo, b. f. aut ſtricti juris contractibus, item ſive aliquid mutent circa eſſentialia, aut naturalia contractuum. Item nullam eſſe in effectu differentiam inter reales, conſenſuales & verbales, nominatos & innominatos contractus. De Chirographario ad titulum de rebus creditis dicemus. Ceſſat quoque differentia inter contractus b. f. & ſtricti juris, quia judicem pedaneum, cujus intuitu illa differentia obtinebat, amplius non habemus. Eam tamen, quæ inter veros & quaſi contractus intercedit differentiam adhuc omnino agnoſcimus, quia in quaſi contractibus etiam illi, qui conſentire nequeunt, ut furioſi, pupilli, &c. ex æquitate obligantur ex conſenſu non tacito, ſed præſumto ſive ficto, quamvis hæc duo à nonnullis male confundantur. Conf. hic Illuſtr. Dn. Thomaſius *in Diſp. Lipſ. de Philoſophia Juris Cap. 3. §. 131. ſeqq.* & Exc. Dn. Joh. Sam. Strykius *in pecul. Diſſ. de Proceſſu Juris Romani antiquo paſſim.* Diſtinctio denique inter pacta judicialia & extrajudicialia peculiarem uſum non præbet, cum utraque eandem vim obligandi habeant, niſi forſan dicere velis, judicia-

lia majorem pro ſe juſtitiæ præſumtionem habere, quam extrajudicialia, ſed tamen & hæc in dubio juſta præſumuntur.

Lib. II. Tit. XV.
De Transactionibus.

Diſtinctio inter transactiones, quæ fiebant nudo pacto, ſtipulatione & per contractum innominatum, magnum in praxi fori Romani uſum habebat, ſed apud nos ex modo dictis *ad tit. praeced.* ſua ſponte corruit.

DISTINCTIO I.

Inter Transactionem ſuper delictis *capitalibus* & *non capitalibus*, *publicis* & *privatis*.

Super capitalibus tranſigere indiſtincte licet, ita ut nec accuſator propterea pœnam incurrat, nec reus crimen confiteri videatur, *l. 18. C. h. t. l. f. ff. de praevaricat.* Secus in non capitalibus, ubi actor tranſigens tanquam falſarius & reus tanquam confeſſus punitur, *d. LL.* In privatis eadem pœna reo tranſigenti dictatur & infamiam per conſequens incurrit, *l. 4. §. f. & LL. ſeqq. ff. de his qui not. infam.*

LIB. III. TIT. I.

De Poſtulando.

DISTINCTIO I.

Inter Advocatos *privatos* & Advocatos *Fiſci*.

ADvocato Fiſci certum ſalarium à Principe conſtitui ſolet, quo pertinent etiam illi, qui cauſas domaniales reſpiciunt, die Cammer-Advocaten / Cammer-Conſulenten / &c. Secus eſt in Advocatis privatis, qui de honorariis a Clientibus ipſis oblatis unice vivunt. Advocatus Fiſci non jurat de calumnia, Gail. *1. Obſ. 90. num. 4.* bene tamen Advocati privati, §. *1. J. de pœn. tem. litig. Rec. Imp. noviſſ.* §. über dieſes. Advocati Fiſci excuſantur a Tutela §. *1. J. de Excuſat. Tutor.* quod privilegium privatis etiam Advocatis indultum eſſe nullibi in jure deprehendo. Reliqua, e. g. quod ſportulas non ſolvat, &c. magis ſunt privilegia Fiſci, quam ejus Advocati.

DISTINCTIO II.

Inter Advocatos *ordinarios* & *ſupernumerarios*.

DIſtinctio hæc alias manifeſtum habet uſum, quando ad illa officia applicatur, quæ certum ſalarium annexum habent, tunc enim ſu-

Digitized by Google

pernumerarii a perceptione ejusdem excluduntur. Aſt inter Advocatos ne ordinarii quidem ſalarium percipiunt, ergo hæc differentia ſine dubio ceſſabit. Et cum in illis foris, quæ mihi cognita ſunt, ſupernumerarii non minus, quam ordinarii, ad ſuſcipienda cauſarum patrocinia admittantur; hinc nullum fortaſſis uſum habebit adlata diſtinctio, niſi ut Advocati diverſo titulo ab invicem discernantur. Titulo enim *Advocati ordinarii* admodum delectantur nonnulli homines etiam in iis locis, ubi tamen nec ordinarii, nec extraordinarii deprehenduntur.

Lib. III. Tit. II.

De his, qui notantur infamia.

DISTINCTIO I.

Inter infamiam *juris* & *facti*.

Uſus in eo latet, (1.) quod infamia juris a lege etiam propter *unicum* factum irrogetur, unde qui ſemel furtum, rapinam, falſum, &c. committit, eandem jamdum incurrit; ſed infamia facti *plures* actus requirit. Hinc qui ſemel ebrius eſt, nondum notatur a gravibus viris, ſed qui ebrioſus: non filius, qui ſemel reverentiam patri denegat, ſed qui pertinax: non mercator, qui ſemel laute vivit, ſed qui laute vivendo maximam partem ſub-

ſubſtantiæ ſuæ conſumit, &c. Deinde (2.) uſus ſe exſerit ratione probationis. Infamia juris per duos teſtes probatur: ſed ad probandam infamiam facti plures requiruntur, qui dicant, ſe à pluribus ac majore parte viciniæ, & non uno tempore, neque loco, ſed ſæpius audiviſſe, hunc hominem male audire apud honeſtos viros, quamvis ad cauſam infamiæ facti probandam duos quoque ſufficere ſtatuant, vid. Weſenbec. *Parat. ff. h. t. num.* 7. Brunnem. *in Repet. parat. h. t. qu.* 37. Denique (3) diverſitas in effectu ſeſe oſtendit. Infamia enim juris etiam à dignitatibus ſuſceptis infamem removet, & teſtimonio ejus omnem plane fidem detrahit: infamia autem facti arcet ſaltem à dignitatibus ſuſcipiendis & a teſtimonio ferendo non plane repellit, ſed fidem teſtimonii ſolum minuit, vid. quos allegat Lauterb. *h. t.* Hoc quoque addi poſſe videtur, effectum infamiæ juris eſſe perpetuum, *l.* 43. §. 4. *ff. de rit. nupt.* infamiæ facti autem temporalem. Hinc qui ebrioſus, pertinax, prodigus fuit, ſi poſtea ad ſanos mores revertitur, nulla amplius labe adſpergitur, unde communiter dicere ſolent: Er hat ſich bekehret.

DISTINCTIO II.

Inter infamiam *immediate ab ipſa Lege*, & per *ſententiam judicis* irrogatam.

Uſus hic eſt, quod in caſu poſteriori quamdiu cognitio de Delicto alicui imputato

adhuc pendet, omnia priſtina jura ei conſerventur, & ſic quidem ſuſpenſio interdum ob gravia indicia, nunquam autem ipſa remotio decerni ſoleat & debeat, quod ſecus eſt in priori caſu ob delicti notorietatem.

DISTINCTIO III.

Inter *infamiam* & *levis notæ maculam.*

PRior ex turpi, id eſt, Legibus prohibito facto oritur, poſterior ſaltem ex vili & ſordido, imo interdum ſine omni facto, e. g. in ſpuriis, inceſtuoſis & adulterinis liberis. Ceterum eosdem effectus producit, quos infamiæ facti tribuimus, vid. Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. in f. verb. De effectu.*

LIB. III. TIT. III.

De Procuratoribus & Defenſoribus.

DISTINCTIO I.

Inter Procuratorem *principalem* & *ſubſtitutum.*

PRioris facta præſtare tenetur Dominus, non autem poſterioris, niſi poteſtas ſubſtituendi Procuratoris principalis mandato

dato inſerta fuerit, vid. Carpzov. *de Proceſſ. tit. 5. art. 5. num. 5. & 6.*

DISTINCTIO II.

Inter *Verum* & *quaſi* Procuratorem.

VErus Procurator expreſſo mandato inſtructus eſt & ſic de rato non cavet; quaſi Procurator autem præſumtionibus aliquibus nititur, quibus Judici fidem facit, ſibi eſſe commiſſum mandatum & propterea cautionem interponit, *l. 40. §. ult. ff. & l. 21. C. h. t.* Unde non quilibet quaſi Procurator eſſe poteſt, ſed ſaltem parentes & liberi, *l. 35. pr. ff. h. t.* fratres, *d. l. 35. pr.* affines deſcendentes & adſcendentes, v. g. ſocer & gener, nec non collaterales usque ad ſecundum gradum jure civili: maritus ratione receptitiorum: conſortes litis poſt lit. conteſtationem; qui inſtrumenta ad cauſam pertinentia ſecum habet, vid. alleg. a Lauterbach. *h. t.*

DISTINCTIO III.

Inter *Advocatum* & *Procuratorem*.

IN multis quidem locis Advocati ſimul Procuratoris munere funguntur; in multis tamen aliis hæc officia diſtincte ab invicem ſeparantur, v. g. in Curia ſuprema Lipſienſi, in Camera Imperiali, & alibi, & proinde, quamvis interdum utrumque officium in una eademque perſona concurrat, duplici tamen juramen-

ramento opus eſt. Advocatus ſcripta conficit inque iisdem jura Clientis deducit, item in judicio verba facit: Procurator ſollicitat, (unde in Pomerania etiam die Sollicitanten nihil aliud ſunt, quam Procuratores,) fatalia obſervat. Advocatum in facto informat, &c. Et hinc, ſi accurate proceditur, Advocatus mandato non habet opus, ſed Procurator. De Jure Romano Advocati ſalarium peculio quaſi caſtrenſi accenſebatur, *l. 4. C. de advoc. diiudicior.* Procuratoris non item. Sed hæc differentia in Procuratoribus ſummorum Tribunalium hodie ceſſat, quippe qui eandem fere cum Advocatis dignitatem habent, unde etiam alia privilegia, quibus ratione ſalarii gaudent Advocati, ad tales Procuratores hodie erunt applicanda, vid. Bachov. *ad Treutler. Diſp. 9. th. ult. lit. D.* Brunnem. *add. l. 4.* Corruunt ſimul quoque aliæ differentiæ. Jure Romano officium Procuratoris vile & abjectum erat & hinc infamis admittebatur, prout colligunt ex *§. f. J. de Except.* Hodie honorabile admodum eſt illud officium & ſic infames excluduntur, vid. Hahn. *ad Weſenbec. h. t. num. 4.* Olim non compellebantur inviti Procuratores ad præſtandum officium, quippe quod mere privatum erat, *l. 8. §. 1. ff. h. t. l. 17. C. de Procur.* Hodie ſecus, Illuſtr. Dn. Stryk. *Uſ. mod. ff. h. t. §. 19. 20. 21.* Gail. *l. 1. obſ. 43. n. 7. & 8.*

DI-

DISTINCTIO IV.

Inter *Procuratorem* & *Defenſorem*.

DEfenſor abſentem ſine mandato in judicio defendit & hinc ad ſatisdationem eſt adſtrictus, *l. 46. §. 2. ff. h. t.* quæ omnia ſecus ſe habent in Procuratore. Non tamen ea, quæ diximus, ad hodiernos *Defenſores* inquiſitorum applicanda, quippe qui non ſatisdant, ſed vel mandato inſtructi ſunt, vel interdum quoque a Magiſtratu ex officio conſtituuntur, præcipue, ſi inquiſiti egeſtate laborant, ubi judex illis quoque honorarium perſolvit, ne inquiſitus indefenſus maneat. Nec ad Procuratores Reorum in civilibus, qui etiam defenſores abuſive vocari ſolent.

DISTINCTIO V.

Inter Procuratorem *cum libera* & *ſine libera*.

MAximum communiter hujus diſtinctionis uſum in praxi eſſe adſerunt, cum Procurator cum libera (qualis dicitur, ſi hæc clauſula mandato inſerta eſt: Ich gebe meinem Anwald freye Macht und Gewalt / alles dasjenige bey dieſer Sachen zu verrichten / was ich ſelbſt / wenn ich zugegen wäre / verrichten könte oder wolte /) omnia facere queat, ad quæ expedienda alias ſpeciale mandatum requiritur, quem in finem allegant *c. 4. de Procurat. in 6.* Covarruv.

ruv. *lib. 1. reſolut. 6. n. 3.* Verum enim vero ſi res paulo accuratius inſpiciatur, prætenſus iſte uſus ſe neutiquam exſerit. Clauſula enim illa nihil certi determinat, quod tamen in rebus magni momenti fieri debet, ſed ſemper quæſtionem præjudicialem probandam relinquit: an Dominus hoc facere *voluerit?* quod enim *potuerit*, nondum ſufficit, quoniam ea duo: *poſſe & velle*, copulative requiruntur. Nihil ergo intereſt, an ſit mandatum cum, an ſine libera, Illuſtr. Dn. Stryk. *Caut. contr. Sect. 2. c. 11. §. 4.* Svendendörff. *ad Proceſſ. Fibigii c. 2. §. 6. num. 138.* qui & hanc formulam nullius momenti eſſe dicit: Solte auch meinem Mandatario mehrere Gewalt/ als hierinnen ausdrücklich begriffen/ von nöthen ſeyn/ will ich ihm ſolche auch in denen caſibus, welche ein ſpecial Mandat erfordern/ gegeben und mitgetheilet haben.

DISTINCTIO VI.

Inter Procuratorem *in rem ſuam* & *in rem alienam.*

POſterior ſolummodo eſt Procurator proprie ſic dictus, prior autem eſt ceſſionarius, quem Romani ideo Procuratorem appellabant, quia cedens etiam poſt ceſſionem jure ſubtili manebat creditor, quandoquidem obligatio primitus acquiſita oſſibus inhæret & ab iisdem ſeparari nequit. Uſus interim in eo ſeſe exſerit: commodum litis non pertinet ad poſteriorem, quippe qui ſalario ſuo pro opera

pera præſtita contentus eſſe debet; bene tamen ad priorem. Prior poteſt ſubſtituere, non poſterior. Prioris poteſtas non expirat morte mandantis, bene tamen poſterioris. Prior non indiget ſpeciali mandato etiam in rebus maximi momenti, v. g. in juramenti delatione, transactione, &c. poſterior autem ſine ſpeciali mandato talia non ſuſcipit.

DISTINCTIO VII.

Inter *Procuratorem* & *Actorem*.

PRocurator a Domino conſtituitur, *l. 1. pr. ff. h. t.* Actor vero a Tutore vel Curatore ante litis conteſtationem, qui tunc litis nondum ſunt Domini, *l. h. C. de Procur.* In judiciis noſtris, Saxonicis præcipue, vocabulum Actoris adhuc quidem frequentatur, unde dicere ſolent: Titius erſcheinet *actorio nomine* und *legitimi*ret ſeine Perſon durch beykommendes *Actorium*; ſed in effectu differentiam inter Actorem & Procuratorem non deprehendo, ille enim plus expedire non poteſt, quam hic, & vice verſa. Ad hoc ergo ſaltem proderit adlata diſtinctio, ut linguam Eruditorum intelligamus.

DISTINCTIO IIX.

Inter Procuratorem *ante* & *poſt litem conteſtatam*.

PRocurator jure Romano poſt litem conteſtatam fiebat Dominus litis, unde ſibi ex ſententia acqui-

acquirebat actionem directam: jus ſuum ad heredes transmittebat: ſubſtituebat: non poterat ejus mandatum revocari, & in ipſius perſonam ſententia concipiebatur; quæ omnia ante litem conteſtatam ſecus ſeſe habebant. Verum enim vero cum omnes illi effectus & ſic quoque ipſum litis Dominium ſine dubio apud nos ceſſent, prout multis probavit Schilter *Exerc. 10. th. 43. ſeqq.* & ipſa praxis hoc loquitur; hinc quoque uſum adlatæ diſtinctionis practicum adhuc hodie eſſe non exiſtimo. Conf. Dn. Beyer *in Poſit. ff. h. t. poſ. 71. ſeqq.* qui Schilteri mentem ſummatim exhibet.

LIB. III. TIT. IV.

Quod cujusque univerſitatis nomine vel contra eam agitur.

DISTINCTIO I.

Inter *Syndicos* & *Procuratores*.

SYndicus a tota univerſitate tanquam perſona morali conſtituitur: Procurator a perſona phyſica. Syndicus in dubio ad omnes lites conſtitutus eſſe cenſetur: Plures in ſolidum dati exiſtimantur: ad mandatum Syndici non requiritur ſubſcriptio conſtituentium, ſed ſolum ſigillum publicum ſufficit, ſi univerſitas tali inſtructa eſt; quæ omnia in Procura-

curatoribus ſecus ſe habent, vid. Berlich. *P. 1. Concl. 14. n. 99.* Schilter. *Ex. 10. th. 50. ſeqq.* Klock. *Vol. 2. Conſ. 52. n. 117. ſeqq.* Syndicatum aliquis invitus ſuſcipere tenetur, non vero aliud mandatum, vid. Lauterbach. *h. t.* qui quidem cum aliis allegatis hanc quoque differentiam addit, quod Syndicus ſit inſtar Procuratoris cum libera & ſic plus poteſtatis habeat, quam alius Procurator; verum quia diſtinctionem inter Procuratorem cum & ſine libera jam rejecimus *tit. praeced. Diſt. V.* ergo illa quoque differentia ceſſabit. Et quid? Lauterbachius dicit, Syndicum propterea tranſigere poſſe, & tamen *ad tit. de Transact.* contrarium aſſeruerat.

Lib. III. Tit. V.
De Negotiis geſtis.

DISTINCTIO I.
Inter *Negotiorum geſtorem* & *Procuratorem.*

Procurator ſcientis & mandantis, negotiorum geſtor ignorantis negotia expedit. Procurator in judicio & extra illud intervenit: negotiorum geſtor in judicialibus non datur, ſed tunc qui abſque mandato abſentem defendit, *defenſor* vocatur. Procurator pro eo ſaltem intercedit, qui mandare poteſt; ſed negotiorum geſtor etiam pro men-

te capto, furioſo, pupillo, eosdemque ad impenſas reſtituendas firmiter obligat, *l. 3. §. 5. ff. h. t.* ne ſcilicet locupletiores fiant cum alterius damno, *l. 6. pr. l. 37. pr. ff. h. t.* Hæc enim eſt natura conſenſus præſumti, ſive ficti, ut eos etiam obliget, qui alias ſine Tutoris, vel Curatoris conſenſu obligari nequeunt, vid. quæ diximus ſupra *ad tit. de pactis.*

Lib. IV. Tit. I.

De in integrum reſtitutione.

DISTINCTIO I.

Inter Reſtitutionem *Gratiæ* & *Juſtitiæ.*

Reſtitutio gratiæ fit ſolum ab eo, qui τὸ κύϱιον in Republica habet, & communiter *jus aggratiandi* vocari conſvevit; reſtitutio juſtitiæ autem à quolibet Magiſtratu fieri poteſt. Prior fit in criminibus veris & probatis ex nuda indulgentia: poſterior in criminibus falſo alicui imputatis probata innocentia. Prior regulariter bona amiſſa non reſtituit, bene tamen poſterior cum omnibus acceſſoriis & perceptis à Fiſco fructibus, etiamſi Fiſcus bona jamdum alienaſſet, vid. Ziegler *de jur. Majeſt. l. 1. c. 9.* Reliqua dicentur infra *ad tit. de ſent. paſſ. & reſtit.*

DISTINCTIO II.

Inter Reſtitutionem *Civilem* & *Prætoriam.*

MAximus hujus diſtinctionis uſus *ratione temporis*, intra quod reſtitutio peti poteſt, ſeſe in praxi exſerit. Reſtitutio ſiquidem civilis, cujus exempla in *l.33. ff. de re judic. l.31. ff. de jurejur. l.2. C. de reſt. vend.* habentur, inſtar remediorum civilium 30. demum annorum lapſu extinguitur, *l.3. C. de præſcript. 30. annor.* Sed reſtitutioni Prætoriæ brevior terminus præſcriptus eſt, annus ſcilicet utilis, hodie quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in int. reſtit.* Ad reſtitutionem civilem ſtatim recurrimus, tanquam ad remedium ordinarium; ad Prætoriam non item, quia hæc ſaltem remedium ſubſidiarium, unde ante omnia inquirendum, annon competat ordinarium juris civilis remedium, *v. l.16. pr. & §.1. ff. de minor. l. 1. §. 4. ff. de dol. mal.*

LIB. IV. TIT. II.

Quod Metus cauſa geſtum erit.

DISTINCTIO I.

Inter vim *ablativam*, *expulſivam*, *turbativam*, *offenſivam*, *defenſivam*, *compulſivam.*

VIS defenſiva licita eſt & vim vi repellere permittitur. Aliud in reliquis enumeratis ſpeciebus, quas propterea ab invicem accurate diſtinguere utile eſt, ut diverſa remedia contra easdem competentia diſtincte intelligamus. Propter vim *ablativam* competit actio vi bonorum raptorum, nec non actio furti: propter *expulſivam* interdictum unde vi & remedium ex *can. redintegranda cauſ. 3. qu. 1.* propter *turbativam* interdictum uti poſſidetis & utrubi: propter *offenſivam* interdictum de vi publica & privata & denique propter *compulſivam*, quæ hujus loci eſt, actio quod metus cauſa.

DISTINCTIO II.

Inter Vim *juſtam* & *injuſtam*.

PRior non parit reſtitutionem, v. gr. ſi Magiſtratus prævia cauſæ cognitione vim alicui infert, *l. 3. §. 1. ff. h. t.* bene tamen poſterior, quo etiam pertinet, ſi Judex de facto proceſſum ab executione contra inauditum inchoat, aut in carcerem ſine legitimis indiciis conjicit, &c.

DISTINCTIO III.

Inter *Vim* & *Minas*.

QUi aliquid ob minas promittit, reſtitutione in integrum non gaudet, juxta tritum illud: *qui moriere minis, aſini tumulabere bombis.*

Potu-

Potuiſſet enim ſibi implorando officium Judicis & cautionem de non offendendo petendo proſpicere. Excipiunt communiter minas *capitales*, modo minas denuntians eas exequi ſolitus fuerit & nunc præſens ſit, ut eas facile exequi queat, Gail. *l. 1. Obſ. 4. n. 4.* Sanchez. *de matrim. l. 4. Diſp. 1. num. 20.* Brunnem. *ad l. 7. C. h. t.* Qui vero vi coactus promittit, reſtitutionem omnino habet.

DISTINCTIO IV.

Inter Metum *juſtum* & *reverentialem*.

JUſtus, ſive atrox, ad Edictum Prætoris in præſenti titulo contentum pertinet, qui tamen pro diverſitate ſexus & qualitatis perſonarum, quibus infertur, ſuos quoque gradus habet. Metus reverentialis autem reſtitutionem non parit, quia facile averti potuiſſet, *v. l. 22. ff. de rit. nupt. l. 6. C. h. t.*

DISTINCTIO V.

Inter Judicium *reſcindens* & *reſciſſorium*.

AN hæc diſtinctio ex textibus juris probari poſſit, de eo non diſputabimus, ſed hoc Bachovio, Hilligero aliiſque excutiendum relinquemus. Illud ſaltem ad nos pertinet: an eadem diſtinctio uſum in praxi præſtet? Audiamus hac de re ipſum Bachovium *ad ff. h. t.* *Hodie*, inquit, *minus quoad ipſam rem intereſt, ſi-*

quidem D D. communiter cumulari poſſe utrumque remedium concedunt, imo etiam petente reo cumulanda eſſe & ſimul movenda cenſent. Et quidni vero cumulentur, cum idem hodie Magiſtratus ſuper utroque neceſſario ſit adeundus & alterum ab altero dependeat, ut improbandi omnino ſint, qui hic ſubtilitates conquirunt. Conſentit Illuſtr. Dn. Stryk. *uſ. mod. ff. h. t.* §. 5.

DISTINCTIO VI.

Inter actionem *quod metus cauſa* & *in factum*.

PRior in quadruplum datur, ſed anno utili expirat: poſterior in ſimplum concepta eſt, ſed ad 30. annos usque competit, *l. 14. §. 1. ff. h. t.* Verum cum praxis judiciorum noſtrorum actiones Romanorum in duplum, triplum, quadruplum, ignoret, atque ſic exinde recte colligatur, jus Romanum hac parte non eſſe receptum, cum receptio ex praxi judiciorum æſtimanda; hinc quoque ea diſtinctio parum utilitatis in praxi habebit, & parum intererit, ſive negotia metu contracta nullitate laborare, ſive eadem firma eſſe & reſcindi debere ſtatuas, utrobique enim remedium judiciale intra 30. annos inſtitui poteſt, cum & præterea aſſertum: metu geſta ipſo jure firma eſſe, nitatur hypotheſi Philoſophiæ Stoicæ, quod coacta voluntas etiam ſit voluntas, quam erroneam eſſe quilibet facile videt. Coacta volun-

voluntas eſt voluntas, ſed coacta; at vero ad firmitatem negotiorum libera voluntas requiritur.

LIB. IV. TIT. III.
De Dolo malo.

DIST. I.
Inter Dolum *cauſam dantem* contractui & *incidentem*.

SI Dolus *cauſam dedit contractui b. f.* tunc contractum ipſo jure reddit nullum, *l. 7. pr. ff. h. t.* & ſic querela nullitatis intra 30. annos competit. Aliud in contractibus *ſtricti juris*, ubi Judex pedaneus à claris verbis contractuum recedere non poterat, & deceptus ſibi imputare debebat, quod in hunc caſum ſibi per pactum non proſpexerat, potuiſſet enim contractui inſerere clauſulam: *eum nullum eſſe debere, ſi dolus appareat, v. d. l. 7. §. 3. ff. h. t.* Ergo talis contractus ſtricto & ſubtili jure civili ſubſiſtebat, conf. omnino *l. 36. ff. de V. O.* Prætor autem, prout ſemper jus illud ſubtile emendare nitebatur, reſtitutionem in integrum concedebat, actionem de dolo inveniens, quæ tamen non 30. ſed duos ſaltem annos durat, *l. f. C. de dol. mal.*

Quod ſi vero dolus ſaltem *incidit in contractum b. f.* tunc ille actione ex illo contractu, v. gr. emti, locati, &c. purgatur, *l. 13. §. 4. &*

5. ff. de A. E. V. quæ pariter, vt querela nullitatis, intra 30. annos inſtitui poteſt, quia quælibet actio ex contractu tanto demum tempore præſcribitur; ſi autem incidit in contractum *ſtricti juris*, itidem actioni de dolo locus eſt intra biennium ex ratione paulo ante ſuppeditata, vid. DD. paſſim ad h. t.

Vides ergo, quod apud Romanos maximus hujus diſtinctionis uſus fuerit, præcipue ratione durationis actionum deceptis competentium. Sed quæritur: an adhuc hodie idem uſus in praxi deprehendatur? Nobis negativa verior videtur. Deficiente enim judice pedaneo, ejusque officio ad certam formulam reſtricto ceſſante, deficit quoque & ceſſat integra illa inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris differentia cum omnibus effectibus & concluſionibus, quæ in foro quidem Romano exinde profluebant. Unde non opus eſt, ut illam differentiam ſublatam eſſe probemus; ſed illud quoque hic ſufficit, quod mutato ſtatu etiam mutatio juris inducatur. Apud nos ergo quocunque caſu querelæ nullitatis locus eſt. Aliter Schilterus *Exerc. 11. theſ. 20.* qui actionem de dolo hodie ſemper concedit, cui tamen propterea conſentire non poſſumus, quod ea actio ſit ſubſidiaria prætoria, cui locus non eſt, quamdiu actiones civiles ordinariæ competunt. At vero ex deductis hodie ſemper querelæ nullitatis, tanquam remedio civili, locus eſt.

Hæc

Hæc ita quoad uſum adlatæ diſtinctionis intuitu contractuum b. f. & ſtricti juris. Interim tamen quantum ad ipſos contractus b. f. attinet, eam differentiam adhuc agnoſco, quod quando dolus cauſam dedit, querelæ nullitatis; quando autem incidit, actioni ex illo contractu locus ſit. Leges enim voluerunt, ut hoc poſteriori caſu contractus non ſit nullus, ſed ſubſiſtat, modo intereſſe præſtetur. At priori caſu, licet alter decipiens decies intereſſe illud præſtare paratus ſit; ego tamen ad illud acceptandum cogi nequeo, ſed ſi placet, penitus à contractu reſilire poſſum, Richter. *p. 2. Deciſ. 87. n. 18.* Illuſtr. Stryk. *uſ. mod. h. t.* §. *6.* *

* Superiori anno Gerardus Noodt, celeberrimus JCtus & Profeſſor Lugdunenſis, Schediaſma aliquod edidit *de forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admiſſi*, ubi oſtendere voluit præcipue *cap. 3.* diſtinctionem *inter dolum cauſam dantem contractui & incidentem* non eſſe veram; non fuit mihi tempus examinandi illa, quæ pro ſtabilienda aſſertione adducta ſunt, ſed hoc alteri occaſioni reſervo: quidquid interim hujus ſit, praxis diſtinctionis ex teſtimonio DD. in praxi verſatiſſimorum apud nos ſatis certa eſt.

DISTINCTIO II.

Inter actionem *de dolo* & *in factum*.

Applicari hic eadem poſſunt, quæ diximus *tit. præc. Diſt. 6.* Addi poſſet & hoc, quod

actio de dolo infamet & non detur, niſi læſio duos aureos excedat, *l. 1. §. 4. l. 10. ff. h. t.* quæ ſecus ſe habent in actione in factum: item, quod actio de dolo non competat contra eos, quibus reverentiam debemus, bene autem actio in factum; verum quia actionem de dolo in ſenſu juris Romani hodie plane ceſſare modo diximus, hinc illa quoque obſervatio parum utilitatis nobis præbere poterit.

LIB. IV. TIT. IV.

De Minoribus XXV. annis.

DISTINCTIO I.

Inter negotia minorum *valida* & *invalida*.

V*alida* dicuntur, in quibus Tutoris autoritas, vel Curatoris conſenſus, & ſi alienantur immobilia, decretum Magiſtratus adhibitum fuit; *invalida* e contrario, ubi hæc deficiunt. Priori caſu opus eſt reſtitutione in integrum, ad quam petendam datur quadriennium poſt adeptam majorennitatem, *l. f. C. de temp. in int. reſtit.* poſteriori caſu querela nullitatis competit intra 5. 10. vel 20. annos, juxta *d. l. f.* Priori caſu læſio aliqua eſt probanda; poſteriori nulla, unde hæc propterea etiam pinguior eſt, & prudens Advocatus

catus ante omnia eo reſpicere debet, annon nullitatis arguere actum a minore geſtum poſſit.

DISTINCTIO II.

Inter minorem *dolo adverſarii deceptum* & *facilitate ætatis lapſum.*

RAtione ipſius quidem minoris nulla hujus Diſtinctionis utilitas apparet, cum ille utroque modo reſtitutione in integrum gaudeat; ſed vero uſus intuitu ejus, qui pro minore fidejuſſit, ſeſe exerit. Si enim minor facilitate ætatis lapſus, fidejuſſori regulariter non ſuccurritur, quod tamen fit, ſi dolo deceptus eſt minorennis, per *l. 2. C. de fidejuſſ. minor.*

DISTINCTIO III.

Inter eum, qui major factus eſt *naturaliter* & *civiliter*, ſ. per conceſſionem veniæ ætatis.

PRiori indiſtincte quadriennium competit poſt impletum annum 25; poſterior autem interdum longius ſpatium habet. Semper enim usque ad annum 25. completum reſtitutionem petere poteſt. Unde ſi e. g. anno 18. ætatis ſuæ veniam impetravit, ſeptem anni ipſi dantur ad impugnandos actus, in quibus ante majorennitatem forſan læſus fuit, *l. 5. pr. C. de tempor. in int. reſtit.*

DI-

DISTINCTIO IV.

Inter reſtitutionem *minorenni* & *Collegio alicui, it. Eccleſiæ* competentem.

PRiori, ut dictum, quadriennium demum currit a tempore adeptæ majorennitatis; poſterioribus autem ex tempore celebrati contractus & per conſequens illatæ læſionis, *c. 1. & 2. de in integr. reſtit. in 6.*

LIB. IV. TIT. V.

De Capite minutis.

DIST. I.

Inter capitis diminutionem *maximam, mediam* & *minimam*.

SI aliquis maximam, vel mediam capitis diminutionem patiebatur, reſtitutione opus non erat, ſed fiſcus, qui bona condemnati ſibi vindicabat, ad omnia debita ſolvenda tenebatur, *l. 2. pr. ff. h. t.* At, ſi quis emancipabatur, tunc eo ipſo corruebant omnes actiones, quæ ante contra ipſum competierant, vendebatur enim filius in imaginariam ſervitutem; *l. 3. §. 1. h. t.* de quo fuſe Huberus *in Digreſſ. Juſtin. P. 1. l. 1. c. 4. §. 4.* Servus autem non eſt capax obligationis. Hodie ceſſat ea ima-

imaginaria venditio & ſic quoque reſtitutione Prætoris opus non eſt, cum non obſtante emancipatione omnes actiones ſalvæ maneant, conf. *l. ult. C. de emancip.* ubi expreſſis verbis ſententia noſtra confirmatur.

LIB. IV. TIT. VI.

Ex quibus cauſis majores XXV. annis in integrum reſtituantur.

DISTINCTIO I.

Inter abſentiam *veram* & *fictam.*

Contra ficte abſentes, *v. g.* furioſos, pupillos, &c. plane non currit uſucapio, ſed ea dormit, vid. Struv. *S. I. C. Ex. 43. th. 26.* ſecus in vere abſentibus, de quibus mox diſtincte agendum.

DISTINCTIO II.

Inter abſentiam *ordinariam, ſ. negativam* & *extraordinariam, ſ. privativam.*

Propter priorem non datur reſtitutio, ſed tempus uſucapionis longi temporis ſaltem duplicatur, de quo in *pr. I. de Uſucap.* Propter poſteriorem tamen aliquando illa reſtitutio conceditur juxta ſequentem

DI-

DISTINCT. III.

Inter abſentiam *neceſſariam* & *voluntariam*, & utramque vel *laudabilem*, vel *vituperabilem*, vel *indifferentem*, ſ. *mediam*.

L*Audabilis*, ſive ſit voluntaria, ut Studioſorum; ſive neceſſaria, vt militum, Legatorum, &c. ſemper parit reſtitutionem, licet aliquis Procuratorem non reliquerit, *v. l. 4. 5. 6. 7. 8. & 28. pr. ff. h. t.*

Idem obtinet in *neceſſaria indifferente*, v. g. ſi quis à Latronibus, aut Pyratis capitur, nam hæc neceſſitas prævideri & ſic Procurator conſtitui non potuit, *vid. l. 9. 14. & 23. §. 2. ff. h. t. l. 26. §. ult. eod.*

Voluntaria vituperabilis nullo plane caſu reſtitutionem præbet, v. g. ſi quis delictum commiſit & poſtea aufugit, aut alias contumax eſt, *v. l. 2. §. 8. & 9. ff. ſi quis caut. in judic. ſiſt. cauſ. fact.*

Propter *neceſſariam vituperabilem*, e. g. in relegatis, & *voluntariam indifferentem*, v. gr. in mercatoribus, tunc demum datur reſciſſio, ſi abſens ante abſentiam ſuam procuratorem conſtituit, hic autem negligens fuit & tamen non eſt ſolvendo, ut adeo principalis regreſſum ſuum contra eum inſtituere nequeat, *l. 26. §. 1. ff. h. t. v.* Struv. *Ex. 8. th. 73.* Si ergo negligens fuit mercator & relegatus, & procuratorem non conſtituit, ſibi hoc imputet &

da-

damnum ex culpa ſua pronatum ferat, *vid. l. 16. h. t.*

LIB. IV. TIT. VII.

De Alienatione judicii mutandi cauſa facta.

DISTINCTIO I.

Inter alienationem *inter vivos* & *per ultimam voluntatem* factam.

PRohibitio hujus tituli ad actus inter vivos pertinet, non autem ad ultimas voluntates, quippe in quibus malitioſus animus alienantis non præſumitur, *vid. l. 8. §. 3. ff. h. t.*

DISTINCTIO II.

Inter alienationem *voluntariam* & *neceſſariam*.

PRiorem prohibet Prætor in hoc titulo, non poſteriorem, *l. 10. pr. h. t.* v. gr. ſi quis alienat ad alimenta conſequenda; ad dotem filiæ conſtituendam, &c.

Lib. IV. Tit. IIX.
De Receptis, qui arbitrium receperunt, &c.

DISTINCTIO I.
Inter *Arbitros* & *Arbitratores*.

ARbitri inſtar judicum procedunt, obſervato ordine judiciario: *Arbitratores* in contractibus adhibentur, v. gr. ad pretium in emtione, aut mercedem in locatione definiendam. Utriusque tamen deciſum eundem effectum habet.

DISTINCTIO II.
Inter Arbitros ex *Legis diſpoſitione* & *libera partium voluntate* electos.

PRioribus inviti etiam cauſarum deciſionem ſubjicere tenentur, quo refero *Auſtregas* intuitu Statuum imperii, de quibus in jure publico agi ſolet: ad poſteriores vero conſtituendos nemo invitus cogi poteſt, ſed audiendus eſt, ſi Judicem competentem adire intendit.

DISTINCTIO III.
Inter *Arbitrum* & *judicem*.

JUdex publica autoritate pollet atque adeo non ſolum *decernendi*, ſed & *exequendi* poteſtatem

ſtatem habet; at arbiter privato conſenſu conſtituitur, & ſic cognoſcit quidem, ſed non exequitur. Iudex etiam in reconventione judicat, non arbiter, *c. 6. X. de arbitr.* Iudex ſubdelegat, ſed non arbiter. Arbitri poteſtas ceſſat quamprimum in cauſa pronunciavit: judicis autem ad alias quoq; cauſas extenditur. A ſententia judicis appellatur, non autem à Laudo arbitri, quippe cui ſimpliciter ſtare tenentur partes ob compromiſſum, niſi arbiter doloſe egerit. Dicunt quidem communiter, partibus licitum eſſe, ut per ſolam contradictionem intra decem dies factam laudi effectum intercipiant, quem in finem allegatur *l. 5. pr. C. h. t.* aliæque; ſed ſi dicendum, quod res eſt, jus Romanum tunc loquitur de caſu ubi per nudum pactum compromiſerant partes, quod exiguum effectum producebat. Aliud ſi ſtipulatio acceſſerat, quo de caſu accipienda *l. 37. h. t.* hodie ergo, quia pacta ſtipulationibus ratione obligationis exæquantur, aliud etiam dicendum erit eorum intuitu, ſcilicet, non, poſſe ſententiam arbitri impugnari, niſi ex illis cauſis, ex quibus alias conventiones impugnare permittitur, vid. *Doctrin. ff. h. t. §. ult.*

Lib. IV. Tit. IX.

Nautæ, Caupones, ſtabularii, ut accepta reſtituant.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *de receptis* & *in factum.*

 Prior

PRior datur ex quaſi contractu, quando vectoribus & hoſpitibus citra omnem exercitoris culpam, v. gr. ab aliis hoſpitibus furtum fit, vel damnum infertur, & hæc *ad ſimplum*: Poſterior ex quaſi delicto naſcitur, quando nempe exercitoris ſervi hoſpitibus nocent, & *duplum* petitur. Hæc differentia ſine dubio hodie ceſſat, non quidem quia id aſſerunt Vinnius, Grönevvegen & Gudelinus, allegati a Lauterbachio; ſed quia id praxis fori comprobat. Interim ea diſtinctio alio reſpectu adhuc uſum habet. Nempe actio de receptis etiam contra heredes datur, actio in factum regulariter non, quia eſt ex quaſi delicto, *l. 7. §. 6. ff. h. t.*

LIB. V. TIT. I.
De Judiciis.

DISTINCTIO I.
Inter judicium *publicum* & *privatum*.

IN publico ad publicam: in privato ad privatam ſatisfactionem agitur. In publico judex ex officio procedit; in privato obtinet vulgatum: Wo kein Kläger iſt/ da iſt auch kein Richter. In publico litis conteſtatio ab ipſo reo fieri debet oretenus: in privato autem

tem in ſcriptis etiam & per Procuratorem fieri poteſt. In publico Tortura irrogatur: in privato regulariter non, niſi prægnans ſit & maximam quantitatem concernat. In publico etiam durantibus feriis proceditur, *l. 5. C. de fer.* non autem in privato. Adde & hoc ex moribus Romanis: in publico quilibet ex populo agebat: in privato is ſaltem, quem cauſa concernit, &c.

DISTINCTIO II.

Inter judicium *Eccleſiaſticum* & *ſeculare.*

CONſ. quæ diximus *ad tit. de juriſdict. diſt. IIX.* Judicium eccleſiaſticum apud Pontificios limites ſuos nimium extendit ob dominandi libidinem, quæ apud corruptum clerum deprehenditur, licet pii prætextus nunquam defuerint. Hinc cauſas matrimoniales, ſagarum & ſortilegiorum, miſerabilium perſonarum, uſurariæ pravitatis, juramentorum, & quæ ſunt ſimiles, ad ſe traxerunt judices Eccleſiaſtici, vid. Lancellot. *Inſtit. jur. can. l. 3. tit. 1. §. 3.* Ziegler. *in not. ad eund. loc.* unde apud Pontificios maximus hujus diſtinctionis uſus eſt in favorem cleri & in odium Laicorum. Quid autem apud Evangelicos? Certe, quia Principes noſtri jura per clerum ablata poſtliminio iterum recuperarunt, differentia etiam inter judicia ſecularia & eccleſiaſtica prorſus ceſſare debebat. Sed ex erronea hypotheſi,

quod Principes Evangelici duplicem perſonam ſuſtineant, Epiſcopi alteram, alteram autem Principis, illa diſtinctio apud nos adhuc retenta fuit, ita ut cauſæ clericorum, quo pertinent etiam ſcholæ Miniſtri, Æditui, &c. nec non quæ res ſacras & bona eccleſiaſtica, ſepulturam, matrimonialia, diſciplinam eccleſiaſticam &c. concernunt, in Conſiſtoriis Epiſcopum repræſentantibus ventilentur. Excipiuntur delicta clericorum graviora, ubi Conſiſtorium vel plane non cognoſcit, vel ad minimum tamen pœnam non exequitur, ſed condemnatum prævia degradatione Judici ſeculari tradit, Brunnem. *Proc. inquiſ. c. 3. n. 28 29. & c. 10. n. 26.* Poſſent tamen Principes noſtri Conſiſtoria plane tollere, ſi vellent, quamvis, ut hoc fiat, nulla neceſſitas efflagitet. In nonnullis civitatibus imperialibus, v. g. Noribergæ, Hamburgi, Senatus res promiſcue expedit & ibi diſtinctionis præſentis propterea nullus uſus eſt. In Palatinatu quoque & Haſſia matrimonialia apud judicem ſecularem pertractantur, & rectè, quia matrimonium non eſt ſacramentum, v. Illuſtr. Dn. Stryk. *ad Brunnem. jus Eccleſ. l. 3. c. 1. §. 17.* & de natura Conſiſtoriorum Excell. Thomaſius im Recht Evangeliſcher Fürſten *P. 1. theſ. 5.* §. 12.

DISTINCTIO III.
Inter judicium *ſimplex* & *duplex*.

USum diſtinctionis communiter in eo ponunt, quod in judicio duplici, v. gr. fini-

um regundorum, familiæ herciſcundæ, communi dividundo, &c. uterque actoris & rei jus habeat, in ſimplici autem alteruter ſolummodo; ſed in effectu parum intereſt. Nam & in ſic dictis duplicibus judiciis unum ſaltem habemus actorem, unum reum, quem in finem, ſi ambo eodem tempore, quod tamen rarius fieri puto, ad judicium provocent, ſorte res dirimitur, quis reus eſſe debeat, vid. Carpzov. *P. 1. C. 7. D. 23.* add. Zanger. *de Except. P. 2. c. 1. num. 355.* Diſſert. noſtr. *de judic. fortun. membr. 3. §. 4.* alias vero pro actore habetur, qui prius ad judicium provocavit.

DISTINCTIO IV.

Inter judicium *reale* & *perſonale*.

CONf. quæ diximus *ad tit. de Rer. diviſ. diſtinct. I.* judicium enim reale ex jure in re, perſonale ex jure ad rem proficiſcitur.

DISTINCTIO V.

Inter *petitorium* & *poſſeſſorium*.

IN poſſeſſorio non conſequimur jus perpetuum, ſed temporarium ſolum, donec alter in petitorio contrarium probaverit. At, qui in petitorio ſemel obtinuit, ille perpetuum effectum exinde ſortitur. Et hinc, quia per poſſeſſorium, licet ſuccumbamus, non adeo magnum præjudicium nobis infertur, quam

per petitorium; hinc, inquam, in poſſeſſorio non admittuntur exceptiones altioris indaginis, *conf. l. f. C. quor. bon.* nec remedia ſuſpenſiva, v. gr. appellationis, Leuterationis, &c. Scaccia *de appellat. quæſt. 17. limit. 6. membr. 2. n. 2. ſeqq.* Lud. Poſtius *in tr. de ſumm. poſſeſſ. obſ. 106. n. 75. 76.* Finckelth. *obſ. 117. n. 12.* quæ omnia in petitorio ſecus ſe habent.

DISTINCTIO VI.

Inter judicium *univerſale*, *generale* & *ſingulare*.

IN univerſali & generali, v. gr. hereditatis petitione, actione Tutelæ, pro ſocio, &c. libellum generaliter formare licet, man flaget auf edition eines inventarii und auf reſtituirung der Erbſchafft / oder anderer Sachen / Lauterbach. *Comp. jur. tit. de Edend.* in judicio ſingulari autem petitum ſpecifice eſt formandum, alias tanquam ineptus rejicitur libellus.

DISTINCTIO VII.

Inter judicium *ordinarium* & *extraordinarium*, ſive *ſummarium*.

QUodlibet judicium regulariter eſt ordinarium, unde ſi Actor dicit, hoc vel illud eſſe ſummarium, tunc probatio ipſi incumbit. Communiter autem ea judicia ſunt ſummaria, ubi vel *publicus ſavor* adeſt, v. gr. in cauſis fiſcali-

ſcalibus, tributorum, &c. vel ſi *cauſam piam* controverſia concernit, v. gr. in cauſis Eccleſiarum, miſerabilium perſonarum, in legatis ad pias cauſas, &c. vel denique *ſi res moram non patitur*, ut in cauſis alimentorum, &c. v. Zanger *de Except. p.1. c.1. n.60. ſeqq. Ord. Cam. p. 3. c.2.* In cauſis ſummariis non attenduntur promiſcue exceptiones dilatoriæ, non conceduntur ordinariæ dilationes, &c. ſed de ſimplici & plano proceditur. Aliud in ordinariis. Cauſas ſummarias ordinarie poteſt tractare Actor, ſed non viceverſa. Multa de proceſſu ſummario habet Brunnem. *Proc. Civ. c.1, n.16. ſeqq.*

DISTINCTIO IIX.

Inter judicium *civile* & *criminale.*

HÆc coincidit cum *Diſt. I.* inter judicium publicum & privatum. Ergo eadem hic repetenda, quæ ibi dicta ſunt.

DISTINCTIO IX.

Inter judicium *præparatorium* & *principale.*

IN præparatorio, v. gr. actione ad exhibendum, agitur ſummarie, quia in hoc præjudicium adeo magnum reo non infertur; ſed in principali regulariter ſecus.

DISTINCTIO X.

Inter *veram* & *quaſi* Litiscconteſtationem.

QUaſi Litisconteſtatio inducitur propter rei in non reſpondendo contumaciam: vera fit vel oretenus, vel in ſcriptis. In quaſi Litisconteſtatione extra Saxoniam ſaltem fingitur, quod Reus negative reſponderit, in Saxonia etiam affirmative. Vera autem interdum affirmative, interdum negative fit. Ceterum utriusque effectus unus eſt idemque in cauſis civilibus.

DISTINCTIO XI.

Inter Litisconteſtationem *ſolennem* & *minus ſolennem*.

SOlennis requiritur in cauſis ordinariis & ſupponit contradictionem directam eorum, quæ ab Actore adferuntur. Minus ſolennis colligitur ex omni actu contradictorio, v. gr. ſi dicat Reus, Er proteſtire wieder des Klägers Vorbringen/ wiſſe nicht/ was Kläger an ihm ſuche/ oder von ihm haben wolle/ &c. & hæc in judiciis ſummariis ſufficit.

DISTINCTIO XII.

Inter L. C. *generalem* & *ſpecialem*.

JUxta jus commune & praxin hodiernam extra Saxoniam idem eſt, an quis ſpeciatim ad ſingula libelli puncta, an vero generaliter: *nego narrata, prout narrantur*, ad totum libellum reſpondeat. Uſus tamen diſtinctionis in foris

Saxonicis deprehenditur; quippe in quibus generalis Litisconteſtatio non admittitur.

DISTINCTIO XIII.
Inter L. C. *affirmativam* & *negativam*.

NEgativa proprie eſt Litisconteſtatio. Circa affirmativam diſtinguendum: Aut reus ſimpliciter fatetur intentionem actoris, aut exceptionem peremptoriam adnectit. Priori caſu non poteſt dici L. C. quia nulla lis amplius adeſt; ſecus caſu poſteriori, & tunc reus onus probandi in ſe ſuſcipere tenetur, vid. Struv. *jurispr. Rom. Germ. l. 4. Tit. 9.* §. 2.

DISTINCTIO XIV.
Inter L. C. *puram* & *eventualem*.

PUra ſit, poſtquam exceptiones dilatoriæ deciſæ fuerunt: eventualis ipſis hiſce dilatoriis ſtatim adnectitur. Uſus in Saxonia ſe exerit. Ibi enim ſtatim L. C. exceptionibus eſt ſubjicienda, niſi reus in expenſas condemnari velit. Extra Saxoniam vero perinde eſt, ſive pura ſit, ſive eventualis Litisconteſtatio. Utraque etiam alias eundem poſt ſe trahit effectum.

DISTINCTIO XV.
Inter *Actorem* & *Reum*.

ACtor regulariter nonniſi *volens* actionem inſtituit: Reus contra *invitus* convenitur, unde

unde etiam fugiens appellari ſolet. In eligendo judice competente non ad Actorem, ſed ad reum reſpicitur. Rei partes ſemper ſunt favorabiliores, quam Actoris, *l. 125. ff. de R. I.* unde ſi uterque æquales attulit probationes, in dubio in favorem Rei pronunciandum, Struv. *S. I. C. Ex. 28. th. 13.* Actor probare tenetur, non reus. Hic enim licet nihil probaverit, vel in probando defecerit, tamen abſolvitur Actore non probante, *l. 4. C. de edend.* Maſcard. *de probat. concluſ. 36. num. 37.* Pro defenſione Rei admittuntur teſtes inhabiles, non autem ad intentionem Actoris probandam, Farinac. *quæſt. 62. num. 90. ſeqq.* Brunnem. *Proc. civ. c. 20. num. 24.* Reo plures dilationes dantur, quam Actori, *v. l. fin. ff. de feriis & dilat.* &c.

DISTINCTIO XVI.

Inter forum *domicilii* & reliqua, *rei ſitæ, contractus, delicti & continentiæ cauſarum.*

FOrum domicilii eſt *generale*, quia in eo actiones reales & perſonales, ex contractu & delicto, inſtitui poſſunt; Reliqua ſunt *ſpecialia*.

DISTINCTIO XVII.

Inter Domicilium *originis & habitationis.*

PRius de jure civili erat immutabile, unde in eo ſemper quis conveniri poterat, quamvis

vis alio loco habitaret, *l. 6. pr. &* §. *1. ff. ad municip.* poſterius autem pro lubitu toties mutatur, quoties placuerit. Hodie vero juxta DD. conſenſum hæc diſtinctio uſum amplius non habet, cum poſtquam aliquis domicilium ſuum ex loco originis aliorſum tranſtulit, domicilium originis non amplius attendatur, vid. Carpzov. *de Proceſſ. tit. 3. art. 1. num. 58.*

DISTINCTIO XIIX.

In Domicilium *commune & peculiare.*

COmmune erat Roma, *l. 33. ff. ad municip.* in quo omnes ex toto imperio Romano conveniri poterant. Hodie tale non amplius habemus & ſic uſus diſtinctionis eſt nullus. Statuum ſubditi enim licet Viennæ deprehendantur, non tamen ibi conveniri poſſunt, quia eo ipſo ſuperioritati territoriali præjudicium inferretur. Et quamvis porro ſubditi Brandenburgici Berolini deprehendantur, illi tamen nec ibi forum ſortiuntur, quia ſic beneficium primæ inſtantiæ amitterent, vid. Ordin. Camer. *p. 2. Tit. 1.* §. es ſollen auch. Illuſtr. Dn. Stryk. *Uſ. mod. ff. h. t.* §. *19.*

DISTINCTIO XIX.

Inter domicilium *voluntarium & neceſſarium.*

PRius mutatur pro lubitu, non autem poſterius, cujus exemplum in uxore, relegato ad certam inſulam, &c.

DI-

DISTINCTIO XX.

Inter officium judicis *nobile & mercenarium.*

PRius exercetur, licet actor non adſit, ſcilicet in cauſis criminalibus atrocioribus ad nudam denunciationem, vel præcedentem famam publicam. Hic enim publicum intereſſe præcipue verſatur. E contrario autem, ubi cauſa mere civilis eſt & privatam utilitatem reſpicit, ibi exercetur officium mercenarium. Quamdiu enim creditor Judicem non implorat, tamdiu Judex etiam quieſcit. Dicis forſan; at tamen poteſt eſſe pauper aliquis, cui non ſuppetunt ſumtus in proceſſum impendendi, ergo tunc Judex ex officio nobili procedet; ſed ne tunc quidem eum hoc facere poſſe, reſpondeo. Poteſt enim pauper ad juramentum paupertatis ſe offerre eoque præſtito omnia in judicio gratis obtinet, quod dum non facit, ſibi imputet. Omnino itaque hoc reſpectu hujus diſtinctionis adhuc eſt uſus. Et judex, qui in cauſis mere privatis ex officio procedere vellet, ſe ſuſpectum redderet. Dico uſum diſtinctionis eſſe *hoc reſpectu*. Quod ſi enim officium nobile dicitur, quod prætor; mercenarium autem, quod judex pedaneus exercebat: facile largior, diſtinctionem hodie applicari non poſſe.

Lib. V. Tit. II.

De inofficioſo Teſtamento.

DISTINCTIO I.

Inter Querelam *inofficioſi & nullitatis.*

HÆc poſterior pinguior eſt priori. Per querelam enim inofficioſi regulariter ſola heredis inſtitutio reſcinditur, legata autem, fideicommiſſa, Tutoris datio, & ſi quæ alia ſunt capitula, ſubſiſtunt; aſt querela nullitatis & principale & acceſſoria in teſtamentis removet, *v. doctrin. ff. de injuſt. rupt. irrit. §. II.* Querela inofficioſi præſcribitur quinquennio, *arg. l. 8. §. f. ff. h. t.* querela nullitatis autem, tanquam remedium juris civilis, triginta annis demum. Qui teſtamentum tanquam inofficioſum impugnavit & non obtinuit, ille omnia emolumenta in teſtamento relicta amittit & Fiſcus ea ſibi capit, *l. 22. ff. de his, quæ ut indign.* ſecus eſt, ſi teſtamentum nullum dicit, *l. 5. §. 1. ff. eod.* Nullum autem dicitur, quoties quid ex ſolennitatibus deficit, vel inhabilitas in perſona teſtatoris adſuit. Adde, quod querela nullitatis in heredes tranſeat, non autem querela inofficioſi *l. 7. ff. l. 34. & l. pen. C. h. t.*

DI-

DISTINCTIO II.

Inter *Actionem ſuppletoriam, ſive expletoriam & querelam inoffícioſi.*

PRior locum habet, quoties aliquid, licet etiam minimum ſit, hereditatis titulo in teſtamento relictum fuit, *§. 3. l. b. t.* poſterior, ſi nihil. Prior ergo heredis inſtitutionem integram non reſcindit, bene tamen poſterior. Prior iterum durat 30. annis, quia eſt remedium juris civilis, poſterior, ut modo dictum, quinquennio ſaltem.

DISTINCTIO III.

Inter Querelam ab *Aſcendentibus & Deſcendentibus*, nec non *a Fratribus* inſtitutam.

FRatrum querela totum teſtamentum, etiam legata & reliqua evertit, in *Nov. 22. c. 47.* enim jus vetus non mutatum, de quo in *l. 8. §. 16. ff. b. t.* quod tamen quoad deſcendentes & aſcendentes factum in *cit. Nov. 115. c. 3. in f.*

LIB. V. TIT. III. & ſeqq.

De Hereditatis petitionibus.

DISTINCTIO I.

Inter Hereditatis petitionem *civilem, Pratoriam, ſive poſſeſſoriam & fideicommiſſariam.*

Diffe-

DIfferunt hæ ſpecies quidem diverſo conceptu, verum ſi ad modum procedendi & effectum reſpiciamus, utrobique nihil intereſt, niſi forſan hoc adferre velis, quod is, qui fideicommiſſaria hereditatis petitione utitur, dodrantem ſaltem conſequatur, reliqui autem totam hereditatem.

Lib. VI. Tit. I. & II.

De Rei vindicatione & Publiciana in rem actione.

DIfferunt hæ duæ actiones primo *ratione cauſæ efficientis*, quod rei vindicatio ex jure civili, publiciana autem actio ex jure Prætorio deſcendat, *§. 4. I. de act.* Sed hæc differentia parum utilitatis in foro præbet, cum ratione obligationis apud nos inter utrumque jus, Prætorium & civile, nulla deprehendatur diſparitatis ratio. Uſus ergo in *probatione* ſeſe exerit. Scilicet in rei vindicatione ipſum dominium præciſe probari debet, quod admodum difficile eſt; ſed vero in actione publiciana ſufficit, modo Actor probare queat, ſe *titulo ad transferendum dominium habili* rem controverſam comparaſſe, *l. 3. ſeqq. ff. h. t.* in rei vindicatione ergo ita formatur medius terminus in libello: Wenn mir dann nun dieſe

Sache

Sache *jure dominii* zuſtändig: in publiciana è contrario ſequentem in modum: Wenn mit dann nun dieſe Sache *jure Dominii vel quaſi* zuſtändig. Fluit hinc uſus practicus, ut Advocatus libellum formaturus poſteriori potius, quam priori formula utatur.

LIB. VI. TIT. III.

Si ager vectigalis, id eſt, Emphyteuticarius petatur.

DIST. I.

Inter Emphyteuſin *Civilem* & *Eccleſiaſticam.*

AD emphyteuſin eccleſiaſticam conſtituendam ſcriptura per modum eſſentialis requiſiti exigitur, quod in omnibus contractibus eccleſiarum ita obtinet, *l. 14. & Auth. Hoc jus. C. de SS. Eccleſ.* ſed in emphyteuſi civili ſolus conſenſus ſufficit. Deinde emphyteuſis eccleſiaſtica amittitur, ſi emphyteuta canonem per biennium non ſolvit; ſed in civili triennium obſervatur, *v. l. 2. C. de jur. emphyt. Nov. 7. c. 3.* §. 2. Olim quoque emphyteuſis eccleſiaſtica ultra nepotes non extendebatur, *Nov. 7. c. 3.* quod tamen poſtea mutatum in *Nov. 120. c. 6.* §. *1.* & de jure Canonico per *c. 7. X. de reb. eccleſ. non alien.*

DI-

DISTINCTIO II.

Inter Emphytevſin *ex pacto & providentia* & *hereditariam.*

PRior *pro ſe & liberis* accepta, ad ſolos deſcendentes primi acquirentis; poſterior autem, quæ *pro heredibus* conſtituitur, ad quoscunque heredes tranſit, vid. Struv. *S. I. C. Exerc. 11. th. 65.*

LIB. VII. TIT. I.
De Uſufructu.

DIST. I.

Inter Uſumfructum *cauſalem* & *formalem.*

PRior competit Domino in re propria & non eſt ſervitus, propria enim res nemini ſervit. Poſterior in re aliena conſtituitur & eſt illa ſervitus perſonalis, de qua in h. t. agitur. Termini hujus diſtinctionis inventi ſunt à DD. grillis metaphyſicis adſvetis & rem, ut puto, non faciunt clariorem, ſed magis intricatám, quia ſine iisdem res melius potuiſſet explicari. Idem eſt judicium meum de Logicis & Metaphyſicis juridicis, quæ à nonnullis ad confuſionem ſtudioſæ juventutis conſcribillantur.

DISTINCTIO II.

Inter uſumfructum *à Lege* & *ab homine* conſtitutum.

IN priori non exigitur Cautio uſufructuaria ab eo, cui uſusfructus competit, v. gr. à Patre in bonis liberorum adventitiis, *l. ult. §. 4. C. de bon. quæ lib.* Quantum ad maritum attinet, qui eſt uſufructuarius bonorum paraphernalium uxoris, non quidem deprehendere hactenus licuit textum hac de re agentem; nullus tamen dubito, quin idem ſit aſſerendum. Ob tenerum quippe amorem, quo mariti regulariter uxores proſequuntur, non eſt metuenda bonorum dilapidatio. Si vero uſusfructus ab homine conſtituitur, uſufructuarius ad cautionem præſtandam omnino tenetur, niſi Proprietarius eam ſponte remittere velit.

LIB. VII. TIT. II.
De uſufructu adcreſcendo.

DISTINCTIO I.

Inter jus adcreſcendi *in uſufructu* & *in aliis legatis*.

USusfructus duobus conjunctim relictus, *v. g. Titio & Cajo do lego uſumfructum ædium mearum*, adcreſcit etiam poſt con-

concurſum realem, id eſt, licet ille, qui jam deficit, portionem ſuam ſemel acceptaſſet, poſtea autem repudiaſſet iterum, *l. 1. §. 3. ff. h. t.* item ei, qui portionem ſuam amiſit, e. gr. per ſententiam Judicis, *l. 10. h. t.* quæ in Legatis aliarum rerum utrobique ſecus ſe habent.

Lib. VII. Tit. III.

Quando dies uſusfructus legati cedat.

Differentia inter uſumfructum & alia Legata iterum ſeſe hic exerit. In aliis Legatis pure relictis dies ſtatim cedit à tempore mortis teſtatoris; ſed in uſufructu pure legato hoc demum fit ab adita hereditate, *l. 2. & 3. ff. quand. dies uſusfr. leg. ced.* ubi etiam ratio.

Lib. VII. Tit. V.

De uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumuntur.

DISTINCTIO I.

Inter *Verum* & *quaſi* Uſumfructum.

Verus uſusfructus conſiſtit in rebus, quæ uſu non conſumuntur; ſecus in quaſi uſufructu. In vero non transfertur

 domi-

dominium, in quaſi uſufructu omnino & ſic periculum ad uſufructuarium pertinet, *l. 7. ff. h. t.* qui re pro lubitu etiam abuti poteſt. Verus in judiciis diviſoriis interdum ab ipſo judice conſtituitur, quando ſcilicet res communes commode dividi nequeunt, *l. 6. §. 1. ff. de uſufr.* hoc in quaſi uſufructu judex facere nequit, quia in res fungibiles non cadit pretium affectionis & ſic illæ facili negotio dividi poſſunt. In vero uſufructu cavet uſufructuarius, ſe boni viri arbitrio fruiturum, *l. 1. §. 6. ff. uſufr. quemadm. cav.* qua cautione in quaſi uſufructu opus non eſt, unde ſolum de re ſimili reſtituenda cavetur, *§. 2. I. de uſufr.* Poſſes forſan & hoc addere, quod Cautio in vero uſufructu præſtari ſolita *Prætoria* vocetur, *civilis* e contrario, quæ in quaſi uſufructu interponitur, per *l. 1. pr. ff. uſufr. quemadm. cav. junct.* §. 2. *I. de uſufr.* ſed cum utraque eundem effectum poſt ſe trahat, hæc obſervatio etiam parum in receſſu habebit, & ſic tuto negligi poterit.

LIB. IIX. TIT. I.
De Servitutibus.

DIST. I.
Inter Servitutes *reales & perſonales.*

PErſonales, e. g. uſusfructus, uſus & Habitatio, ſtatim expirant mortua perſona, cui con-

conſtitutæ erant, *l. 3. § 3. ff. quib. mod. uſusfr. vel uſ. amitt. reales* autem ad quoscunque heredes & poſſeſſores tranſeunt, *v. l. 3. quemadmod. ſervit. amitt.* Prædio ſerviente extincto, ſed poſtea refecto, non reſtituitur ſervitus perſonalis, *l. 10. §. 7. quib. mod. uſusfr.* bene tamen realis, *l. 20. §. 2. ff. de S. P. V. l. 35. de S. P. R. l. 14. ff. quemadm. ſerv. amitt.* Servitus perſonalis, uſus & uſusfructus, amittitur per maximam & mediam capitis diminutionem; realis non.

DISTINCTIO II.

Inter Servitutes *urbanas* (ſ. continuas) & *ruſticas* (ſ. diſcontinuas.)

URbanæ per præſcriptionem ordinario tempore, id eſt, decem vel viginti annis, acquiruntur, *l. 12. in f. C. de præſcript. long. temp.* juxta quam legem eadem quidem ſervitutum ruſticarum ratio eſſe debebat; ſed prout praxis noſtra ſæpius à principiis jurisprudentiæ genuinis recedit: ita quoque hic fit, dum ea ad præſcribendas ſervitutes ruſticas, neſcio ex quo fundamento, tempus immemoriale requirit, vid. Gail. *2. obſ. 66. num. 7.* Modeſt. Piſtor. *Vol. 1. Conſil. 7. num. 5.* Dav. Mevius *P. 9. Deciſ. 164.* Porro, ſervitutes ruſticæ ſolo non uſu per longum tempus amittuntur, *l. p. C. de ſervit.* at in urbanis amittendis adhuc requiritur factum ſervituti contrarium ejus, cujus

prædium hactenus ſerviit, vid. *l. 6. ff. de S. P. U.* Alias differentias à nonnullis adlatas examinavit & ſimul jam rejecit Excell. Thomaſius *in Diſp. Lipſ. de ſervit. ſtillicid. §. 16. ſeqq.*

DISTINCT. III.
Inter Servitutes *affirmativas & negativas.*

POſteriores ex particula negandi *non* vel *ne* cognoſcuntur, *v. g. altius non tollendi, ne luminibus officiatur, &c.* & non indigent aliqua quaſi traditione, ſed quamprimum mihi promiſſio facta eſt, quod alter aliquid intermittere velit, tunc ſtatim jus in re conſequor. Aliud in affirmativis; vbi ante dictam quaſi traditionem mihi nudum ſaltem jus perſonale competit, ex quo adverſus tertium agere nullo modo poſſum, conf. de hac diſtinctione Brunnem. *ad l. 15. ff. h. t.* Lauterb. *Comp. jur. h. t.* Deberet quoque hoc addi, quod ſervitutes affirmativæ ſolo non uſu amittantur, negativæ autem nonniſi prohibitivo alterius facto accedente; ſed praxis noſtra hanc differentiam ad ſervitutes vrbanas atque ruſticas applicavit, de qua paulo ante.

DISTINCTIO IV.
Inter Servitutem *ordinariam & anomalam.*

ANomalam unam ſolummodo habemus, ſervitutem ſcilicet *oneris ferendi*, quæ propterea

pterea ita vocatur, quia ſerviens duplici onere afficitur, tenetur enim parietem onus ferentem, ſi ruinoſus fiat, adhuc etiam reficere, *l. 33. ff. de S. P. U.* in aliis contra ſervitutibus is, qui commodum ex iisdem habet, eas quoque reficere obligatus eſt, juxta vulgaria æquitatis naturalis principia.

LIB. IIX. TIT. V.

Si Servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

DISTINCTIO I.

Inter actionem confeſſoriam, item negatoriam, *directam & utilem*.

CONfeſſoria *directa* datur illi, qui ſervitutem in alieno fundo: *utilis*, qui aliud jus e. g. jurisdictionem, jus patronatus, &c. prætendit. Sic quoque *directa* negatoria datur domino, qui alteri ſervitutem: *utilis*, qui alteri aliud jus in fundo ſuo prætendenti illud debere negat. Ceterum in effectu non differunt, ut ſuo loco infra pluribus dicetur.

LIB. IX. TIT. I.

Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem *ſi quadrupes* & *de paſtu.*

HÆ actiones theoretice ita differunt, quod actio *de paſtu* detur, ſi animal *ſecundum naturam* nocuit, *v. l.* 14. §. 3. *in f. ff. praſcr. verb. de pauperie* autem, *ſi contra naturam*, *v.* §. 1. *J. h. t.* In praxi autem utrisque idem eſt effectus, quia utrobique petitum alternative formatur, ad id, ut vel damnum reſarciatur, vel animal, quod nocuit, noxæ dedatur, v. *Doctrin. ff. h. t.* §. *V.* & *VII.*

LIB. IX. TIT. II.

Ad Legem Aquiliam.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem *ſi quadrupes* & *ad L. Aquiliam.*

PRior datur, licet nulla culpa domini animalis nocentis præceſſerit, ad poſteriorem autem probatio culpæ alienæ omni-

mnino requiritur, *l. 1. §. 4. & 5. ff. ſi quadrupes* & hoc reſpectu prior facilior eſt. Ratione effectus tamen poſterior præferenda erit. In ea ſiquidem is, qui culpam admiſit, damnum datum ſimpliciter reſarcire tenetur, quam maximum etiam illud fuerit, *l. 21. §. fin. & L L. ſeqq. ff. ad L. Aquil.* in priori autem liberatur dominus, ſi corpus, quod nocuit, noxæ dedat, *l. 1. pr. ff. ſi quadrup.* quod eodem modo in actione noxali, ſi ſervus nocuit, obſervatur.

DISTINCTIO II.

Inter *primum & tertium* caput L. Aquiliæ.

EX priori, ſi ſervus vel pecus occiſum fuit, datur actio L. Aquiliæ non ſolum ad intereſſe corporis peremti conſequendum, ſed ad illud quoque, quanti ea res plurimi fuerit proximo anno præcedente, *l. 2. pr. ff. ad L. Aquil.* Ex tertio vero, de reliquo ſcilicet damno quocunque, quanti ea res plurimi fuerit proximis XXX. diebus à die damni dati retro computatis, *l. 27. §. 5. ff. eod.* Hoc diſcrimen hodie ceſſat & nuda ſaltem æſtimatio petitur, non iterum ex eo fundamento, quia Grönevvegen & Gudelinus citati à Lauterbachio hoc dicunt, ſed quia actiones Romanorum pœnales teſte fori obſervantia in Germania nunquam fuerunt receptæ. Et ergo ea diſtinctio inter inutiles merito refertur, non

minus ac illa obſervatio, quod actio L. Aquiliæ inficiando in duplum creſcat.

LIB. XI. TIT. I.
De Interrogationibus in jure faciendis & interrogatoriis actionibus.

DISTINCTIO I.
Inter *Articulos* & *Poſitiones.*

AD Articulos reſpondent teſtes, ad poſitiones autem ipſa pars, contra quam agitur, regulariter Reus, interdum quoque Actor, intuitu ſcilicet exceptionis oppoſitæ & in poſitiones redactæ. Poſitiones etiam negative, item de credulitate concipi poſſunt per vocem: nicht wahr; ſed articuli ſolum affirmative & de veritate. Poſitionum contenta fatetur ponens, non vero articulorum, quia horum veritas à depoſitione teſtium demum dependet, quod tamen ſubtilitatem ſapere videtur, ut ipſe agnoſcit Brunnem. *in Proc. civ. c.* 17. *n.* 2.

LIB. XI. TIT. IV.
De Fugitivis.

DIST. I.
Inter *Fugitivum* & *Erronem.*

Fugi-

FUgitivus ſervus dicitur, qui non redit; erro autem, qui circumvagatur quidem, ſed tandem tamen redit, verum ſerius & temporibus in res nugatorias conſumtis, *l. 17. §. 1. 2. & 14. ff. de Ædil. Edict.* In effectu tamen nihil intereſt, quia utroque caſu damni obvenientis reſarcitio petitur & ſimul pœna dupli. Hodie quidem, ſi quis liberos, famulos & ſubditos corrumpat, Parentibus, Dominis & Magiſtratui eo nomine itidem actio datur, hoc enim æquitas naturalis ſuggerit; ſed non competit ea in duplum, ergo etiam neceſſitas non efflagitat, ut eandem actionem vtilem de ſervo corrupto appellemus.

LIB. XI. TIT. V.

De Aleatoribus.

DIST. I.

Inter ludum *artis, fortunæ* & *mixtum.*

HÆc diſtinctio maximam in foro Romano præbebat utilitatem. Ludi enim *artis*, v. gr. hauſtiludia, item quando pretium ei decernitur, qui ſaltando, digladiando, perorando, &c. reliquos vincit, jure Romano omnino erant permiſſi, *v. l. 3. ff. h. t.*

At

At vero ludi *fortunæ* v. gr. quando teſſeris luditur, nec non ludi *mixti*, v. gr. chartis luſoriis & ſimilibus, in totum prohibiti erant, *l. f. C. h. t.* Hodie non modo plurimi DD. teſtantur, ſed experientia quoque hoc comprobat, omnes ludos eſſe permiſſos, quippe qui maxime in ipſis Aulis frequentantur & illi, qui ludendo ſuccubuerunt, ad perditum ſolvendum omnino adſtringuntur. Hinc ſua ſponte conſequitur, adlatam diſtinctionem apud nos in praxi nullum uſum amplius præſtare. Alia quæſtio eſt: annon Principes melius facerent, ſi prohibitionem juris Romani in foro iterum introducerent? quam quidem affirmamus, ſed ad nos non pertinet poteſtas Legislatoria, nec etiam Principes à nobis deſiderarunt, ut hac parte ipſis conſilia ad novas Leges ferendas ſuppeditemus. Ergo expectandum eſt tempus, ubi forſan ludi fortunæ & mixti propter maximum eorum abuſum, præſertim apud juvenes, qui negari non poteſt, iterum abrogabuntur.

LIB. XI. TIT. VII.

De Religioſis & ſumtibus funerum & ut funus ducere liceat.

DISTINCTIO I.

Inter Sepulturam *honeſtam* & *inhoneſtam*.

Hone-

HOneſta ſit cum ritibus in quocunque loco conſvetis, mit Geſang und Klang / vel Chriſtlichem Gebrauche nach / prout communiter dicere ſolent. Inhoneſta his omnibus deſtituitur. Uſus diſtinctionis hic eſt: quemadmodum quilibet, quamdiu vivit, præſumtionem bonitatis pro ſe habet, ita quoque eadem præſumtio poſt mortem hoc operatur, ut in dubio ab honeſta ſepultura excludi non poſſit, ſed actio injuriarum competat contra eum, qui ejusmodi ceremonias cadaveri alicujus denegare intendit. Inhoneſta ergo locum non invenit, niſi in caſibus à Lege notatis, v. g. in contemtoribus verbi divini & Sacramentorum, *c. 12. X. de ſepult.* uſurariis manifeſtis, *c. 3. X. de uſur.* & propricidis ob malam conſcientiam, vid. Carpzov. *Juriſpr. Conſiſt. lib. 2. Def. 376. 381. ſeqq.*

DISTINCTIO II.

Inter ſepulturam honeſtam *ſolennem & minus ſolennem.*

SOlennem paulo ante deſcripſimus, quod variis ceremoniis peragatur, de quibus late Schilter. *inſtit. jur. canon. l. 2. Tit. 14. §. 13. ſeqq.* Minus ſolennis eſt, ubi ejusmodi ceremoniæ omittuntur, non ex præcepto juris, ſed ex proprio beneplacito ad parcendos ſumtus, quod hodie communiter fit, wenn die Leichen

des Abends in der Stille beygeſetzet werden. Hæc poſterior ſpecies cum inhoneſta confundi non debet, quippe in qua conſvetæ ſolennitates ex præcepto legis omittuntur, ſcilicet in totum, v. *Diſt. ſeqv.*

DISTINCTIO III.

Inter ſepulturam inhoneſtam *humanam & caninam ſ. aſininam.*

HUmana in iis obtinet, quorum mentionem ſub *Diſt. I.* injecimus, contemtoribus verbi divini, uſurariis, irreconciliabilibus, quippe qui per veſpillones vel plane extra cœmeterium, vel in cœmeterio prope murum & ab aliis plane ſeparato loco ſepeliuntur, ex ſuperſtitione Pontificia, quia ſcilicet contigua eccleſiæ loca ſimul cum eccleſia conſecrata cenſentur, Aug. Barboſ. *de jur. eccleſ. l. 2. c.* 9. *n.* 7. 8. Struv. *S. I. C. Ex.* 3. *th.* 72. & ergo per ejusmodi cadaveris illationem profanari non debent. *Aſinina* nomen ſuum, ut puto, ſortita eſt ex loco *Jerem. XXII. verſ.* 18. & 19. ubi Propheta de Rege Jojakim dicit: Man wird ihn nicht klagen / ach Bruder / ach Schweſter / man wird ihn nicht klagen / ach Herr / ach Edler / Er ſoll wie ein Eſel begraben werden / zuſchleifft und hinausgeworffen für die Thore zu Jeruſalem. Hanc expectare tenentur, qui ex deſperatione, vel conſcientia criminis commiſſi ſibi ipſis mortem conſciverunt. Peragitur à carnifice

ejusque miniſtris, qui cadaver rhedæ ſuæ imponunt & in loco inhoneſto, auf dem Schind-Anger / ſepeliunt, vid. Schilter *inſt. jur. canon. l. 2. Tit. 14. §. 9. & 10.* Damhouder. *prax. rer. crimin. c. 90. num. 9.* Heigius *p. 2. qv. 36. num. 64.* Finckelth. *obſ. 43. num. 15.* Furioſorum & melancholicorum ſibi manus inferentium, item infantum nondum baptizatorum ſepultura ſecundum praxin nonnullorum locorum ad honeſtas minus ſolennes pertinet, vid. Finckelth. *d. l. num. 16.*

DISTINCTIO IV.

Inter ſepulchra *familiaria & hereditaria.*

PRioribus omnes agnati utuntur, licet non ſint heredes; ſed poſteriora ſaltem ad heredes pertinent, vid. Struv. *Exerc. 15. theſ. 69.* Brunnem. *Rep. Parat. Weſenb. h. t. qv. 5.*

DISTINCTIO V.

Inter *Cenotaphium & ſepulchrum.*

CEnotaphium (quod honoris ſaltem & memoriæ cauſa fit,) non eſt locus religioſus; & ideo iterum ad uſus profanos adplicari poteſt; ſecus in ſepulchro, cui cadaver jam illatum eſt, Joh. Kirchmann. *de funer. Rom. l. 3. c. 27.* Struv. *loc. prox. cit.*

LIB. XII.

LIB. XII. TIT. I.
De Rebus creditis, ſi certum petatur & de condictione.

DISTINCTIO I.

Inter Mutuum *naturale*, *civile* & *mixtum*.

N*Aturale* vocant, quod contrahitur ipſa naturali pecuniæ numeratione interveniente: *civile*, ubi quis ſpe futuræ numerationis accepiſſe confeſſus eſt, quod revera non accepit: & denique *mixtum*, ubi vel alius meo nomine numerat pecuniam, vel cum ante, aut poſt numerationem ſtipulatio interponitur, prout hoc ita explicat Petr. Nicol. Mozz *de contract. tit. de diviſ. mut.* vid. Struv. *S. I. C. Exerc. 16. th. 6.* qui tamen hanc diviſionem & Lauterbach. *ad h. t.* cum eo illam recte rejicit. Civile enim, quod vocant, eſt peculiaris contractus, *chirographarius* ſcilicet: mixtum itidem, ſi alius meo nomine pecuniam numerat, non conſtituit novam mutui ſpeciem, quod enim quis per alium facit, per ſe feciſſe putandus eſt; ſi autem ſtipulatio vel anteceſſit, vel ſequuta eſt, ad mutuum plane referri nequit. Ergo quia ipſa diſtinctio falſa eſt, forſan non opus erit, ut de ejus uſu practico verba faciamus.

DI-

DISTINCTIO II.

Inter Mutuum *verum* & *præſumtum*.

PRæſumtum eſt contractus literalis ſeu chirographarius. Ergo hæc diſtinctio eodem & non meliori nititur fundamento, quam præcedens, unde hic repeti poſſunt, quæ ibi dicta ſunt.

DISTINCTIO III.

Inter Exceptionem non numeratæ pecuniæ *Debitori* & *creditori* competentem.

USus in præſcriptione diverſa ſeſe exerit. Exceptio enim n. n. p. debitori competens elapſo biennio excluditur, *§. un. l. de liter. oblig.* (unde quando Lauterbach *ad h. t.* eandem perpetuam eſſe aſſerit; hoc ſaltem *ratione effectus*, poſtquam ſcilicet ſemel oppoſita fuit, intelligi debet, quod etiam indicat verbum ſequens; *peremtoria.*) Quando autem creditor contra apocham debitori forſan datam replicare vult, hoc intra XXX dies fieri debet, *l. 14. §. 2. C. h. t.*

DISTINCTIO IV.

Inter Exceptionem *non numeratæ pecuniæ* & *non numeratæ dotis*.

 Prior,

PRior, uti modo dictum, biennii lapſu excluditur. Circa poſteriorem diſtinguendum: Aut matrimonium intra biennium ſolvitur, & tunc *anno continuo* à tempore ſoluti matrimonii: aut ſolvitur poſt biennium, intra decennium tamen, & tunc *tribus menſibus* excluditur exceptio non numeratæ dotis: aut denique ultra decem annos durat conjugium, & tunc plane ceſſat illa querela, *Auth. quod locum habet, C. de dot. caut. non numer.*

DISTINCTIO V.

Inter renunciationem exceptionis non num. pecun. *in chirographo* & *in ſeparata ſchedula* factam.

PRior nihil valet. Facta enim eſt ſpe futuræ numerationis, quæ ſpes tamen ſæpe fallit. Poſterior autem exceptionem non numeratæ pecuniæ omnino excludit. Separatam enim ſchedulam aliquis ſpe futuræ numerationis dediſſe non cenſetur, vid. Carpzov. *P. 1. Conſt. 32. Def. 65.*

DISTINCTIO VI.

Inter formulas: Cajus hat mir 1000. Rthl. geliehen / ſo wahr mir GOtt helffe &: Ich will Cajo die geliehene 1000. Rthl. wieder geben / ſo wahr mir GOtt helffe.

Poſte-

POſterior non impedit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quia ſupponit conditionem, *modo pecunia numeretur*, quod utrum factum fuerit, aliunde prius probari debet, *v. l. 16. C. de non num. pecun.* ſecus in priori, quippe cum nemo ſub nuda ſpe fallaci juraſſe præſumatur, vid. Brunnem. *in Comm. Cod. ad d. l. 16. C. de non num. pecun.* Carpzov. *alleg. Def. 65.* *

* Mutavi hanc ſententiam in *doctr. ff. h. t. §. XXI.* ut nec priori caſu per clauſulam juratoriam exceptio non numeratæ pecuniæ excludatur, cum & talis clauſula ſub ſpe fallaci adjici ſoleat; unde nunc diſtinctionis nullum uſum eſſe puto.

LIB. XII. TIT. II.

De Jurejurando ſive voluntario, ſive neceſſario, ſive judiciali.

DISTINCTIO I.

Inter juramentum *credulitatis* & *veritatis*.

JUramentum *veritatis* de certa ſcientia & ſuper facto proprio præſtatur, unde hic uſitata formula: Die Klage ins Gewiſſen ſchieben; Juramentum vero *credulitatis*

de juſta ſaltem opinione concipitur deque facto alieno, vel admodum antiquo proprio, quo caſu hoc modo fit delatio: Daß man es dem andern in ſeine Wiſſenſchafft und Wellbewuſt geſchoben haben wolle. Hæc quoad diverſum conceptum. Uſus practicus in eo ſeſe exſerit, quod is, qui juramentum veritatis præſtitit, contrario probato tanquam perjurus puniri queat, quia doloſe fefellit alterum, ad cujus delationem juravit. Sed propter juramentum credulitatis ejusmodi pœna locum non invenit. Neque enim hic jurans certo quid affirmat, ſed tantum veroſimiliter. At vero eo ipſo non negat, quod non etiam aliter forſan ſe res habere queat. Poteſt hinc ſimul decidi quæſtio: *utrum heres juramentum defuncto delatum adhuc præſtare posſit?* Reſp. enim, heres non jurat de veritate, bene tamen de credulitate, vid. Carpzov. *P.* 1. *C.* 12. *Def.* 40. *ſeq.* & *Conſt.* 24. *Def.* 1. *ſeqq.*

DISTINCTIO II.

Inter juramentum *explicitum* & *implicitum.*

PRius cognoſcitur ex conſveta formula: So wahr mir GOtt helffe / ubi interdum additur: und ſein heiliges Wort / vel: und das Heil. Evangelium: vel, durch JEſum Chriſtum: poſterius ex aliis formulis, v. gr. So wahr GOtt lebt: Bey dem Wort der ewigen Wahrheit:

heit: ich will GOttes Angeſicht nicht ſchauen: ich will kein Kind GOttes oder der ewigen Seeligkeit werden/&c. Quoad uſum fori addiſcendum quæritur: *utrum perinde ſit, ſive quis explicitum, ſive implicitum ſaltem juramentum præſtet?* Reſpondemus, verbis Carpzovii *P. 2. C. 16. Def. 6.* quod non negemus quidem, Deum implicite per verbum veritatis (& ſimiles formulas) invocari, ac proinde promiſſionem ſub verbo præſertim æternæ vel divinæ veritatis factam abſque nota impietatis violari non poſſe, intelligitur namque per verbum veritatis divinæ ipſemet JESUS CHRISTUS verbum patris, (hypoſtaticum, ut Theologi loqui conſveverunt) Salvator noſter, *Joh. 1. v. 1.* unde etiam Lutherus hanc formulam pro juramento agnoſcit *in enarratione II. præcepti*, add. Joh. Zanger. *de except. p. 3. c. 11. num. 192. & 193.* nihilominus tamen, quoties in judiciis noſtris juramentum aliquod præſtandum eſt, ſive in civilibus, ſive in criminalibus, ſive ſit ſuppletorium, ſive purgatorium, ſive aliud aliquod; toties juramentum implicitum non ſufficit, ſed explicitum præciſe requiritur, puto, ex hac ratione, quia omnes homines, præſertim plebeji, non ita ſemper vim juramenti impliciti percipiunt, quod tamen, ſi actus effectum ſortiri debet, ſine dubio exigitur. Imo, ne quidem renunciationem mulieris ſub promiſſione beym Wort der ewigen Wahrheit factam pro jurata & valida haberi poſſe, aſſerit

idem Carpzov. *loc. cit.* cujus ſententia etiam in electoratu Saxoniæ recepta, alibi vero non, *v. Doctr. ff. ad tit. de Sc. Vellejan.* §. *XI.* Poſſes etiam hoc addere, quod ii, qui juramentum implicitum violarunt, non ſtatim ut perjuri puniantur in foro externo, quod ſecus eſt intuitu juramenti expliciti.

DISTINCTIO III.

Inter juramentum *ſolenne* & *minus ſolenne*.

PRius (quod *aviſatum* etiam dicitur, ob aviſationem de vitando perjurio præcedentem, Germ. ein zierlicher/ gelehrter Eyd) ſemper requiritur, quoties juramentum in judicio præſtandum; poſterius in extrajudicialibus ſufficit. Plurimas ſolennitatum ſpecies pro diverſitate locorum quam maxime variantes recenſuimus in *Diſp. noſtr. de ſolennibus juramentorum*, ubi tamen *Cap. II.* ſimul oſtendimus, quod ex omisſione ejusmodi ſolennitatum non ſtatim irritum reddatur juramentum. Sunt enim mera accidentalia, invocatio autem nominis divini unicum eſt requiſitum juramentorum eſſentiale.

DISTINCTIO IV.

Inter juramentum *aſſertorium* & *promiſſorium*.

PRius *de rebus præteritis* interponitur & de rebus non modo licitis, ſed de actionibus quo-

quoque lege prohibitis & turpibus, v. gr. quando in cauſis criminalibus Teſtis jurat, Cajum homicidium, adulterium, & id genus alia delicta commiſiſſe, eo ipſo nihil illiciti admittitur, ſed potius juramentum ad eruendam veritatem & ſic ad bonum publicum promovendum tendit. Poſterius autem *futura* reſpicit & de rebus illicitis non valet, quia alias ad delinquendum invitaret, aſt turpium nulla eſt obligatio. Equidem ex *c. 28. X. de jurejur.* exſculpſerunt DD. noſtri famoſam illam regulam: *Omne juramentum ſervandum eſſe, quod ſalva ſalute æterna ſervari poteſt*, unde diſtinguunt inter facta *naturaliter* & *civiliter turpia*, ita ut priorum intuitu non habeat efficaciam juramentum præſtitum, bene tamen quoad poſteriora, vid. Lauterb. *ad h. tit.* ſed diſtinguendum putarem: utrum Lex civilis aliquid *præcipiat*, aut *prohibeat*, an vero ſaltem *permittat*; hoc poſteriori caſu admitto effatum juris canonici, de quo etiam ſolummodo loquitur *cit. c. 28.* quippe quod de fœmina alienationem rerum dotalium jurato confirmante diſponit, quod in ſuum proprium præjudicium facere poteſt; quod ſi vero alii textus Juris Canonici hoc velint, ut etiam legi prohibitivæ, vel præceptivæ renunciare liceat, (quo pertinere videtur *c. pen. X. de pignor.*) illi tanquam Juri Principum detrahentes & ſic verbo divino contrariantes merito eſſent repudiandi, cum conſtans DD. ſit aſſertio, quod Jus Canoni-

cum in terris Proteſtantium non ulterius ſit receptum, quam quatenus illud juri divino non contrariatur. Pluribus de hac materia actum in peculiari Diſput. de genuino intellectu brocardici: *Omne juramentum ſervandum eſſe, quod ſalva ſalute æterna ſervari poteſt.*

DISTINCTIO V.

Inter juramentum *promiſſorium in ſpecie ſic dictum* & *confirmatorium.*

ITa ſubdiſtinguunt communiter juramentum promiſſorium, de quo ſub *diſt. præced.* modo dictum fuit. Hoc autem eo ipſo innuunt Legum interpretes. Aut juramentum *ſtatim ab initio* accedit negotio celebrato, v. gr. ſi quis dicat: dono tibi centum thaleros, ita me Deus adjuvet: aut accedit demum *ex poſt facto*, poſtquam negotium jam ante rite celebratum fuit, v. gr. donaſti mihi centum thaleros, non tamen eos ſtatim ſolvis, unde poſt aliquod temporis intervallum ego de tua fide dubitare incipio, tu autem, ut omne dubium mihi eximas, præviam illam donationem adjecto juramento corroboras. Interim uſum hujus diſtinctionis in praxi non deprehendo, ſed quæ paulo ante de juramento promiſſorio generaliter conſiderato diximus, eadem ratione ad utramque hanc ſubſpeciem applicari poſſunt.

DI-

DISTINCTIO VI.

Inter juramentum *litis deciſorium* & *æſtimatorium.*

DUæ utplurimum in judiciis obveniunt diſtinctæ quæſtiones: *an* & deinde *quantum* actori debeatur? Prior determinatur per juramentum litis deciſorium, poſterior per æſtimatorium, quod etiam *in litem* alio nomine vocatur, de cujus ſpeciebus ad *tit. ſeq.* agetur. Defertur autem litis deciſorium *a partibus:* æſtimatorium *a ſolo judice l. 4. §. 1. ff. de in lit. jur.* Ceterum recte quidem DD. ad juramentum litis æſtimatorium etiam *juramentum expenſarum* referunt ex *Ordin. Camer. p. 1. tit. 66. 67.* Verum hic notandum, quod illud in noſtris judiciis raro frequentetur, quippe ubi Victor expenſas ſine juramento deſignare & Judex deinde eas moderari ſolet, unde formula in ſententiis conſveta: Es iſt auch Beklagter die auf dieſen *Proceſs* verwandte Unkoſten nach vorhergehender *Liquidation* und erfolgter Mäßigung Klägern zuerſtatten ſchuldig / V. R. W. Exceptio eſſet forſan, ſi maxima ſumma impenſarum nomine peteretur ab Actore, ubi pro re nata ad juramentum admitti poſſet.

DISTINCTIO VII.

Inter juramentum *reſpondendorum* & *litis deciſorium,*

QUamvis aliquis mediante juramento reſpondendorum omnes & ſingulas ab altera parte oblatas poſitiones & ſic totum ejus intentionis fundamentum negaverit, nihilominus tamen ab inſtituta actione nondum abſolvitur, ſed Actori via probandi adhuc patet, & licet hic deinde contrarium probet, nondum tamen ut perjurus conſideratur. Quæ omnia ſecus ſe habent, poſtquam juramentum litis deciſorium a Reo præſtitum fuit. Ratio differentiæ hæc eſt: Juramentum reſpondendorum per indirectum ſaltem litis deciſionem reſpicit, & nihil aliud eſt, quam ſpecies juramenti calumniæ, illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. tit. de interrog. in jur. fac. verb. Dandorum.* Mevius *P. 3. Deciſ. 175. num.* & non tam de veritate, quam potius de credulitate concipitur, unde juxta ſtilum Cameræ per vocem: *credo* vel *non credo* reſponſiones efferuntur, quamvis juxta *Receſſ. Imp. noviſſ.* §. zu welchem Ende/ibi: durch das Wort: Wahr oder nicht Wahr/ ſo viel ihr eigen Geſchicht betrifft/ ſo viel aber frembde Geſchicht betrifft &c. inter facta propria & aliena diſtingui debeat, vid. Brunnem. *Proc. Civil. c. 17. n. 19. & 20.* Quicquid tamen ſit, juramentum illud nihilominus manet ſolummodo juramentum calumniæ & ſic prior adlata differentia inter illud & juramentum litis deciſorium firmo adhuc ſtat talo, prout hoc quotidiana judiciorum praxis ſatis abunde confirmat.

DISTINCTIO LIX.

Inter juramentum *judiciale* & *extrajudiciale*, ſ. *voluntarium*.

ACtus quidem judiciales & extrajudiciales alias de jure communi ratione validitatis & effectus parum ab invicem differunt, niſi dicere velis, (1.) quod judiciales facilius probari poſſint & (2.) quod majorem præſumtionem pro ſe habeant, quam extrajudiciales; ſed vero quod præſentem materiam attinet, non unus effectus diſtinctionis juramenti adlatæ in Legibus deprehenditur. Scilicet juramentum extra judicium delatum ſpecies conventionis eſt, *l.* 17. *pr. h. t. l. 20. §. 2. ff. eod.* & ergo, quia omnes conventiones ab initio ſunt meræ voluntatis, nemo ad illud ſuſcipiendum tenetur, ſed libere recuſari poteſt, v. gr. ſi dicat alter: Ich mag nicht ſchweren / ita ut propterea pœnam jurare nolentium, id eſt, præſumtionem confeſſionis factæ, non incurrat, quæ omnia in juramento in judicio delato aliter ſeſe habent, ut deinde dicetur, ibi enim vel acceptandum eſt juramentum, vel referendum, vel conſcientia probatione exoneranda. Porro, in juramento judiciali ſi refertur juramentum delatum, is, qui ante detulerat, illud præſtare præciſe tenetur, quia non debet diſplicere conditio jurisjurandi ei, qui primo detulit, ut habet *l. 34. §. 7. ff. h. t.* ſecus in extra-

judi-

judiciali, *d. l. 17. pr. h. t.* nam in relatione nova ſpecies conventionis adeſt, ad quam alter itidem cogi nequit. Denique magis vera eſt eorum ſententia, qui ſtatuunt, deferentem in extrajudiciali non eſſe obſtrictum ad juramentum calumniæ, ſibi enim imputet alter, quod illud delatum ſponte acceptaverit, vid. Lauterb. *ad h. t. p. m. 170.* quod ſecus in judiciali. Poſſes & hoc addere: Poſt delatum juramentum judiciale debet accedere decretum Judicis, eam delationem confirmans, Carpzov. *de Proc. tit. 11. art. 1. n. 133. & art. 2. n. 2.* à qua confirmatione demum delatio ſuum effectum ſortitur; aſt extrajudiciale vires ſuas a ſola delatione & acceptatione habet. Ex judiciali actio judicati, ex extrajudiciali actio in factum oritur: extrajudiciale nullas ſolennitates requirit, bene tamen judiciale.

DISTINCTIO IX.

Inter juramentum *calumniæ generale* & *ſpeciale* ſ. *malitiæ*.

Differunt hæ duæ ſpecies principaliter *objecto*. Juramentum calumniæ generale præſtatur ſuper tota cauſa, prout habent verſiculi Poëtaſtri cujusdam:

Illud juretur, quod lis ſibi juſta videtur,
Et ſi quæretur, verum non inficietur:
Nil promittetur, nec falſa probatio detur,
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Jura-

Juramentum malitiæ autem ſuper puncto quodam ſpeciali. Et hinc ſimul profluit, quod prius regulariter *ab initio* Proceſſus & *ſemel* tantum, poſterius autem toties, quoties præſumptio contra alterutrum ex litigantibus ſuboritur, quod non bona fide agat, ſed protractionem proceſſus intendat, v. g. ſi multæ dilationes petuntur: ſi quis intervenire vult in proceſſu: ſi quis exceptiones non fundatas objicit, &c. Prius præſtatur *ab utraque parte ſimul*, & *ab Advocatis* etiam; poſterius ab altero ſaltem litigante neque regulariter ab Advocatis.

DISTINCTIO X.

Inter juramentum litisdeciſorium *a judice & ab altera parte* delatum, quorum hoc *judiciale*, illud autem *neceſſarium* vocatur.

POſt delatum juramentum *judiciale* tres viæ patent illi, quem delatio facta reſpicit. Aut enim poteſt juramentum acceptare, aut referre, (niſi forſan tale ſit factum, cujus alter nullam notitiam habet, *l. 34. §. 8. ff. h. t.*) aut conſcientiam probationibus exonerare, vid. Rauchbar. *p. 2. qv. 3. n. 19.* quod vocant, das Gewiſſen mit Beweiß vertreten / & licet in hac probatione defecerit probans, nihilominus reliquæ duæ viæ ipſi ſalvæ adhuc manent. Formulam pronunciandi in ejusmodi caſu habet Brunnem. *Proc. Civ. c. 23. num. 14.* daß N. dasjenige /

jenige / was er ſich zu Vertretung ſeines Gewiſſens zu beweiſen angemaſſet / nicht bewieſen / dannenhero er den deferirten Eyd zu *præſtiren*/ oder zu *referiren* ſchuldig. Hæc in judiciali obtinent. Sed in juramento *neceſſario* duæ ſaltem viæ competunt, acceptatio & conſcientiæ exoneratio. Relationi locus non eſt. Cui enim referret? an judici deferenti? ſed hoc valde abſonum futurum eſſet. Aſſerit quidem Carpzov. *de Proceſſ. tit. 12. art. 2. num. 94.* citatus a Lauterb. *h. t.* quod nec probatio pro exoneranda conſcientia in hoc juramento locum habeat. Sed eam ſententiam tanquam fundamento deſtitutam recte jam rejecit illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. h. t. verb. recuſari.* Porro, ſi acceptatur juramentum *judiciale*, deferens ante omnia juramentum calumniæ præſtare tenetur, *l. 37. h. t.* alias enim quilibet ex mera malitia deferre interdum juramentum poſſet. At vero judex deferens *neceſſarium*, non jurat de calumnia, quippe qui præſumtionem Legis pro ſe habet, quod bona fide agat omnia. Denique & hæc notabilis inter utrumque juramentum intercedit differentia. *Judiciale* ſemel præſtitum non retractatur propter nova inſtrumenta, bene tamen *neceſſarium*. Ratio differentiæ habetur in *l. 37. h. t.* quia in priori caſu adeſt conventio quædam & transactio (ibi: *transactum ſit negotium*) atque adeo alter ſibi imputare debet, quod delationi juramenti rem commiſerit. In poſte-

poſteriori caſu autem illa ratio ſine dubio ceſſat, quia delatio a Judice facta. Hoc tamen adhuc notandum: ſcilicet, quando diximus, juramentum judiciale non poſſe retractari ſub prætextu perjurii admiſſi, quod illud ſaltem intuitu privati intereſſe intelligendum ſit. Criminaliter ergo nihilominus puniri poterit ille perjurus, cum pars deferens intereſſe publico præjudicium inferre neutiquam potuerit.

DISTINCTIO XI.

Inter juramentum *ſuppletorium* & *purgatorium*.

PRius regulariter defertur Actori; poſterius Reo. *Regulariter* inquam, interdum enim fieri poteſt, ut propoſitio convertatur, quando ſcilicet de exceptione agitur, ubi Reus actoris, actor autem Rei vices ſuſtinet. Porro: quando defertur juramentum ſuppletorium, tunc ſemiplena ad minimum probatio requiritur, quæ fit per unum teſtem omni exceptione majorem, Ant. Faber *in Cod. l. 4. tit. 1. Def. 4. n. 5. & Def. 18. n. 7.* ſed ſi Judex vult deferre juramentum purgatorium, tunc ſaltem contra reum conjecturæ quædam adſunt, quæ probationem ſemiplenam non efficiunt, v. gr. unus teſtis omni exceptione non major. Suppletorium in cauſis civilibus ſaltem defertur, non vero in criminalibus, quando de crimine pœnam corporis afflictivam inferente

agi-

agitur, quia tunc probationes luce meridiana clariores requiruntur, *l. ult. C. de probat. ibique Gothofr.* Carpzov. *P. 1. C. 23. Def. 11.* Menoch. *A. I. Q. lib. 1. cent. 5. caſ. 464. n. 1. ſeqq.* aſt purgatorio & in civilibus & in criminalibus locus eſt, Mev. *p. 6. Dec. 147. num.* 7. Heig. *p. 1. qv. 40. n. 10.* unde negligentiæ Advocatorum (non enim dicam ignorantiæ) interdum adſcribendum eſt, quod illud juramentum in favorem clientum ſuorum non urgeant ab adverſario. Regula enim: *Actore non probante abſolvendus eſt Reus*, non obſtat, quo minus Reo indiciis gravato tortura illa ſpiritualis imponi queat. In purgatorio multæ adhiberi ſolent ſolennitates: in ſuppletorio non.

DISTINCTIO XII.

Inter juramentum purgatorium *in cauſis civilibus* & *criminalibus* delatum.

USus quam maximus in foro hic deprehenditur. Si enim in cauſis civilibus illud juramentum defertur, alter autem id præſtare recuſat, tunc manemus in regula vulgata: quod ſcilicet jurare recuſans pro confeſſo habeatur, ſive, quod idem eſt, incurrit pœnam jurare nolentium *v. l. 34. §. 6. & l. 38. ff. h. t.* aſt, qui in criminalibus (gravibus ſcilicet) jurare recuſat, propterea non ordinaria, ſed extraordinaria ſaltem, pœna afficitur, Menoch. *A. I. Q. lib. 2. caſ. 274. n. 5.* Zœſius *ad tit. de purgat. Canon. in f.*

in f. Brunnem. *Proc. civ. c. 23. n. 36.* condemnatus enim eſt ex præſumtionibus ſaltem, & ſic non adeſt probatio luce meridiana clarior.

DISTINCTIO XIII.

Inter *Obteſtationem* & *juramentum.*

Obteſtatio vocatur, quando quis alterum nominato Deo, vel alia quadam re ipſi cariſſima, vel ab ipſo maxime verenda, obſecrat de veritate dicenda, qualis eſt Archi-Sacerdotis *Matth. 26. v. 63.* Ich beſchwere dich bey dem lebendigen GOTT, daß du uns ſageſt, ob du ſeyeſt Chriſtus, der Sohn GOttes. Ejusmodi obteſtationem non eſſe juramentum, quilibet facile videt, atque hinc cum juramento etiam confundi non debet, conf. Exc. Thomaſius *Juriſpr. Divin. l. 2. c. 9. §. 65.*

DISTINCTIO XIV.

Inter *conteſtationem* & *juramentum.*

In juramento adeſt invocatio nominis divini; ſed conteſtatio dicitur, quando quis comparatione rei gratisſimæ (*alienæ* tamen, non propriæ) aſſeverat, non minus ſibi cordi eſſe veritatem in illa re, ac ſibi eſt illa res nominata. Exempla habentur *Geneſ. 42. verſ. 15. 16.* ubi Joſeph fratres ſuos ita alloquitur: Daran will ich euch prüffen bey dem Leben Pha-

raonis / &c. item *2. Reg. 2. verſ. 2. & 4.* ubi Eliſa ad Eliam: So wahr der HErr lebt / und deine Seele / ich verlaß dich nicht. Exc. Thomaſius *loc. cit.* §. *66.* Uſus in eo conſiſtit: utrum is, qui contravenit ejusmodi conteſtationi, tanquam perjurus in foro humano puniri poſſit? quæ ſine dubio negari debet.

DISTINCTIO XV.

Inter *aſſeverationem* & *juramentum*.

IN aſſeveratione iterum non eſt invocatio nominis divini, ut in juramento, ſed ea dicitur, quando quis comparatione rei *propriæ* gratiſſimæ teſtatur, ſibi non minus cordi eſſe veritatem, ac ſibi cordi eſt conſervatio rei. Diſtingui tamen in duas claſſes ſolent ejusmodi conteſtationes. Scilicet vel fiunt *à Principibus* & *illuſtribus perſonis*, bey Fürſtlichen wahren Worten / Treu und Glauben / Item bey Adelichen Treuen / bey Cavaliers Parole, &c. vel *á privatis hominibus*, v. gr. ſo wahr ich ein ehrlicher Mann bin / ich will ein Schelm / oder nichts wehrt ſeyn / &c. Poſteriores nullum effectum regulariter producunt, nec pœna afficitur is, qui adhibitis hujus generis aſſeverationibus alterum fallit, niſi quod, ut alias, ad intereſſe conveniri poſſit. De prioribus vero dicitur, quod vim juramenti habeant, Gail. *2. Obſ. 54. num. 11. & alii apud Lauterb. h. t.* idem poteſt eſſe, ſi propter ſpecialem conſvetudinem

nem

em certi populi, vel certæ etiam ſectæ, vis juramenti aſſeverationibus tribuatur, quo refero Quakerorum formulam: Bey Mannen und Worten/ conf. Dn. Thomaſ. *l. c.* §. 67. Hugo Grotius *de J. B. & P. l.* 2. *c* 13. §. *ult.* quamvis illud, quod de illuſtribus perſonis dictum, quoad vim obligationis ſaltem intelligi debeat, non autem eo reſpectu, ac ſi pœnæ perjurii ordinariæ propterea locus ſit, quod in Quakeris etiam locum invenire exiſtimo. Ergo adhuc multum intereſt, ut juramentum ab aſſeverationibus accurate diſtinguatur. Poſſes etiam formulam: an Eydes ſtatt/ huc referre, quippe quæ ex omnium confeſſione vim veri juramenti non habet, v. Ruland. *de commiſſ. p.* 2. *l.* 2. *c.* 11. *num.* 32. Nota adhuc: ſi conteſtationibus accedunt maledictiones, v. gr. Diabolus me rapiat, &c. tunc *execratio* vocatur.

Lib. XII. Tit. III.
De in Litem jurando.

DISTINCTIO I.

Inter juramentum *affectionis* (ſ. ordinarium) & *veritatis* (ſ. extraordinarium.)

JUramentum affectionis toties præſtatur, quoties alter rem noſtram, (*ſpeciem* ſcilicet,

raonis / &c. item *2. Reg. 2. verſ. 2. & 4.* ubi Eliſa ad Eliam : So wahr der HErr lebt / und deine Seele / ich verlaß dich nicht. Exc. Thomaſius *loc. cit.* §. *66.* Uſus in eo conſiſtit : utrum is, qui contravenit ejusmodi conteſtationi, tanquam perjurus in foro humano puniri poſſit ? quæ ſine dubio negari debet.

DISTINCTIO XV.

Inter *aſſeverationem* & *juramentum.*

IN aſſeveratione iterum non eſt invocatio nominis divini, ut in juramento, ſed ea dicitur, quando quis comparatione rei *propriæ* gratiſſimæ teſtatur, ſibi non minus cordi eſſe veritatem, ac ſibi cordi eſt conſervatio rei. Diſtingui tamen in duas claſſes ſolent ejusmodi conteſtationes. Scilicet vel fiunt *à Principibus & illuſtribus perſonis*, bey Fürſtlichen wahren Worten / Treu und Glauben / Item bey Adelichen Treuen / bey Cavaliers Parole, &c. vel *á privatis hominibus*, v. gr. ſo wahr ich ein ehrlicher Mann bin / ich will ein Schelm / oder nichts wehrt ſeyn / &c. Poſteriores nullum effectum regulariter producunt, nec pœna afficitur is, qui adhibitis hujus generis aſſeverationibus alterum fallit, niſi quod, ut alias, ad intereſſe conveniri poſſit. De prioribus vero dicitur, quod vim juramenti habeant, Gail. *2. Obſ. 54. num. 11. & alii apud Lauterb. h. t.* idem poteſt eſſe, ſi propter ſpecialem conſvetudinem

m certi populi, vel certæ etiam ſectæ, vis amenti aſſeverationibus tribuatur, quo re- o Quakerorum formulam: Bey Mannen nd Worten/ conf. Dn. Thomaſ. *l. c.* §. *67.* ugo Grotius *de J. B. & P. l. 2. c 13. §. ult.* uamvis illud, quod de illuſtribus perſonis di- tum, quoad vim obligationis ſaltem intelligi ebeat, non autem eo reſpectu, ac ſi pœnæ erjurii ordinariæ propterea locus ſit, quod in Quakeris etiam locum invenire exiſtimo. Er- go adhuc multum intereſt, ut juramentum ab aſſeverationibus accurate diſtinguatur. Poſſes etiam formulam: an Eydes ſtatt/ huc refer- re, quippe quæ ex omnium confeſſione vim veri juramenti non habet, v. Ruland. *de com- miſſ. p. 2. l. 2. c. 11. num. 32.* Nota adhuc: ſi conteſtationibus accedunt maledictiones, v. gr. Diabolus me rapiat, &c. tunc *execratio* vo- catur.

Lib. XII. Tit. III.
De in Litem jurando.

DISTINCTIO I.
Inter juramentum *affectionis* (ſ. ordina- rium) & *veritatis* (ſ. extraordina- rium.)

Juramentum affectionis toties præſtatur, quoties alter rem noſtram, (*ſpeciem* ſcilicet,

eamque *raram admodum*, ita ut ſimilis facile haberi nequeat) quam ipſi forſan commodavimus, locavimus, vel penes ipſum depoſuimus, *dolo malo* reſtituere detrectat, vel eandem reſtituere paratus quidem eſt, ita tamen dolo corruptam & deterioratam, ut uſum conſvetum nobis amplius præſtare non poſſit, *l.* 5. §. 3. *h. t. l.* 68. *ff. de R. V.* & huc pertinet quoque, ſi corruptio non quidem per dolum, per *latam* tamen *culpam* facta fuerit, agitur enim de privato ſaltem intereſſe conſequendo, & vero tunc lata culpa dolo æquiparari ſolet, *l.* 32. *ff. depoſ.* E contrario autem, ſi quis per *levem culpam* rem deterioravit, aut fecit etiam, quo minus eadem reſtitui poſſit, juramento *veritatis* locus eſt, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* In juramento *affectionis* ſine ulla taxatione in infinitum juratur, *d. l.* 68. *de R. V.* Per juramentum *veritatis* autem illud ſolummodo æſtimatur, quod intereſt agentis, *d. l.* 2. §. 1. *h. t.* juramentum *affectionis*, quia tendit ad coercendum admiſſum à defuncto dolum, non datur adverſus heredes, bene tamen juramentum *veritatis*, ubi meram rei reſtitutionem pro ſcopo habemus, vid. Lauterbach. *ad h. t. circ. fin.*

Eam quoque tanquam notabilem differentiam adducere ſolent, quod juramentum *affectionis* in actionibus bonæ fidei ſolummodo locum habeat, non autem in judiciis ſtricti juris, in quibus nempe æſtimatio per juramentum *veritatis* ſuſcipitur. Sed illa aſſertio,

quod pace diſſentientium dictum ſit, nec juri civili, nec praxi noſtrorum judiciorum conſentanea eſſe videtur. Quod enim jus civile attinet, ibi nec in omnibus b. f. judiciis juramento affectionis locus eſt, ſed in aliquibus ſaltem. De emtione, quæ ſine dubio ad judicia b. f. pertinet, expreſſus habetur textus in *l. 4. C. de act. emt. & vend.* ubi Impp. Diocletianus & Maximianus ita: *Si traditio rei venditæ juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat: quanti intereſſe compleri emtionem fuerit arbitratus Preſes provinciæ, tantum in condemnationis rationem deducere curabit.* Puto tamen, quod & hic exceptio eſſe poſſit, ſi forſan res rara, cujus ſimilis vel plane non, vel admodum difficulter haberi poſſit, vendita alicui fuerit. Hoc interim exinde oſtendiſſe ſufficiat, non eſſe regulam univerſalem: quod indiſtincte in omnibus b. f. judiciis in litem jurare & pretium affectionis petere liceat. Quemadmodum autem hæc regula in contractibus b. f. affirmative non procedit; ita nec e contrario in ſtricti juris judiciis univerſaliter dici poteſt, quod in illis nunquam illi juramento locus relinquatur. Textus in *l. 5. pr. & §. f.* item in *l. 6. ff. h. t.* quam pro ſua ſententia adducit Lauterbach *Comp. jur. h. t.* ipſi magis adverſatur, quam quod patrocinium præſtet, quod etiam agnoſcit B. Struvius *in S. J. C. Exerc. 17. th. 65.* quando aſſerit, in ſtricti juris judiciis juramento affectionis locum non dari,

cum hac tamen reſtrictione, *præterquam ſi per accidens ſiant arbitraria*, ad quam reſtrictionem probandam *d. l. 5. §. f. h. t.* adducit. Audiamus ipſum Marcianum in *cit. §. f.* *Plane*, inquit, *interdum & in actione ſtricti judicii in litem jurandum, veluti ſi promiſſor Stichi moram fecerit & Stichus deceſſerit, quia judex æſtimare ſine relatione jurisjurandi non poteſt rem, quæ non extat.* Forſan vero dices, hoc de juramento veritatis ſaltem intelligi debere, quo etiam reſpexiſſe videtur Lauterbach, dum *pr. & d. §. f.* conjungit. Sed vero ex collatione *illius princ. cit. loc.* liquido conſtat, quod de juramento affectionis locutus fuerit JCtus, quia ibi de jurejurando in judiciis b. f. & arbitrariis præſtando expreſſe agitur. Quod ſi urgeas: interim tamen verum manere, quod ut plurimum in b. f. rarius autem in ſtricti juris judiciis juramentum in litem affectionis locum habeat, & vero in rebus moralibus regulæ univerſales ab eo deſumi ſoleant, quod *utplurimum* obtinet; Reſp. id quidem verum eſſe, ſed ſimul addo, id noſtro caſu non exinde provenire, quia illi contractus ſunt bonæ fidei; ſed quia in illis utplurimum de rebus *in ſpecie* reſtituendis agitur, v. g. in depoſito, commodato, pignore, locato, &c. perinde ut in actionibus realibus, quæ arbitrariæ vocantur, ut in rei vindicatione & ſimilibus. In hiſce autem omnibus ſpecies illa, tanquam objectum actionis, ita comparata eſt, ut affectionem utplurimum ſpecialem recipiat,

cipiat. In actionibus ſtricti juris hoc autem interdum ſolummodo fit, v. g. ſi res rara donata, aut apud Romanos per ſtipulationem promiſſa fuerat. Ita ergo Regula ad ſenſum juris Romani formanda eſſe videtur: *In quibuscunque actionibus ſpecies rara, pretium affectionis recipiens, petitur, ibi juramentum affectionis præſtatur, ſive ea actio ſit realis, ſive perſonalis, ſive b. f. ſive ſtricti juris.*

Sed, poſito etiam, adlatam differentiam in Legibus Romanis fundatam eſſe, ulterius tamen tunc inquirendum eſſet: *utrum ea adhuc hodie apud nos uſum in foro præſtare poſſit?* Certe ea differentia ex nullo alio fundamento derivari poſſet, quam quod judex pedaneus apud Romanos in judiciis ſtricti juris ad verba contrahentium præciſe adſtrictus erat, nec ultra eadem progredi poterat, quamvis æquitas hoc ſvadere videretur, prout hoc accurate oſtendit Weſenb. *in Parat. ff. h. t. num. 6.* ſed ubi locorum judices pedanei apud Germanos deprehenduntur? Et ergo ubi eſt hodie tam reſtricta eorum poteſtas? nullibi certe. Quid ergo? numne corruente fundamento effectus adhuc durare poterit? non videtur, niſi abſurdum aliquod admittere velimus.

Cupis forſan autoritates? Producimus Carpzovium, cujus verba in *P. 1. c. 23. Def. 19. num. 7. ſeqq.* ſequentia ſunt: *Etſi vero*, inquit, *lubens fatear prædictam diſtinctionem* (inter judicia b. f. & ſtricti juris) *ab Interpretibus fuiſſe re-*

ceptam, ac commode etiam retineri atque defendi poſſe, (de quo tamen nos propter ea, quæ paulo ante adduximus, adhuc dubitamus,) - - - - *non memini tamen*, addit, *in praxi hanc differentiam multum attendi, quin potius arbitrio judicis relinqui, quando juramentum hoc, ſive affectionis, ſive veritatis, deferendum exiſtimet. Nam citra jusjurandum in litem arbitrio judicis multum eſſe tribuendum, ſatis apparet ex l. 4. §. 2. & 3. l. 5. §. 3. & 4. ff. de lit. jurand.* Ex quo fit, ita concludit, *ut hodie non ſolum in omnibus b. f. actionibus ſive in rem, ſive in perſonam, quibus res reſtituitur, ſed etiam in ſtrictis judiciis, arbitrariis & non arbitrariis, ex cauſa juſta atque ſufficiente in litem juretur, ut notat* Andr. Rauchbar. *p. 1. qu. 9. num. 32.* Verba Carpzovii ita perſpicua eſſe reor, ut nulla ratione de ſolo veritatis juramento intelligi poſſint, quamvis eadem ita explicare voluerit B. Brunneman. *ad l. 5. ff. h. t. num. 9.* Carpzovio junge Struvium *Jpr. R. G. F. l. 4. tit. 12. aphor. 17.*

Facile quidem credimus, contrariæ ſententiæ etiam non defuturos, quos pro ſtabilienda ſua opinione adducere poſſint; ſed in colliſione ejusmodi diverſarum autoritatum ea ſemper præferri debet, quæ cum genuinis principiis convenit, qualem Carpzovii eſſe, ante demonſtratum fuit. Ex quo ſimul apparet, teſtimonium dicti Carpzovii non ad ſolam Saxoniam reſtringendum eſſe, ſed ex identitate rationis ad omnia Germaniæ fora extendi

extendi & applicari jure debere. Conferantur omnino, quæ pro more ſuo hic ſolidiſſime deduxit illuſtr. Thomaſius *in diſp. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente cap. 3. §. 24. ſeqq.*

DISTINCTIO II.

Inter affectionem *extra rem* & *in ipſa re radicatam.*

Uſum hujus diſtinctionis in eo ponunt nonnulli, quod juramentum in litem affectionis tunc ſaltem locum habeat, quando adeſt affectio *in ipſa re*, v. gr. raritas, ut res ſimilis vel plane non, vel tamen admodum difficulter iterum haberi poſſit; non autem ſi *extra rem* eſt, v. g. ſi quis rem aliquam propterea maximi faciat, quia ipſi à Principe, vel Patrono eadem donata fuit, quæ ſententia placuiſſe videtur Lauterbachio *circ. fin. h. t.* & Dn. Beyero *in Poſ. ff. ad h. t. poſ. 2. 3. & 4.* conf. quos citat Brunnem. *ad l. 1. ff. h. t. num. 7.* & Hilliger *ad Donell. lib. 26. c. 6. lit. D.* Verum hæc opinio ſimpliciter approbari nequit, cum juxta *l. 35. ff. de minor.* interdum quoque affectio extra rem conſideretur. Ita enim Hermogenianus *in d. l. Si in emtionem*, inquit, *penes ſe collocatam minor adjectione ab alio ſuperetur; implorans in integrum reſtitutionem audietur, ſi ejus intereſſe, emtam ab eo rem fuiſſe, adprobetur:* veluti quod majorum ejus fuiſſet: *ita tamen, ut id, quod ex licitatione acceſſit, ipſe offerat venditori.*

Eodem fere recurrunt, quæ Javolenus in *l. 36. ff. de bon. libert.* habet, ubi ita: *Multi enim caſus intervenire poſſunt, quibus expediat Patrono petere bonorum poſſesſionem, quamvis æris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat:* veluti, ſi prædia ſunt aliqua ex bonis liberti, in quibus majorum Patroni ſepulchra ſint, *& magis æſtimat Patronus, bonorum poſſesſionis jura pro parte ea ad ſe pertinere: vel aliquod non pretio, ſed affectu ſit æſtimandum. Non ergo ideo minus jus habere debet petendæ bonorum poſſesſionis, qui animo potius, quam aliorum computatione, bona liberti æſtimat.*

Ut vero diſtincte mentem noſtram explicemus, ita dicendum eſſe exiſtimamus: *Propter intereſſe in ipſa re radicatum juramento in litem affectionis ſemper locus; ſed propter intereſſe extra rem conſideratum, illud interdum ſaltem admittitur, interdum non.*

Nova autem hic incertitudo adeſt. Quæritur enim nunc ulterius: quales ſint illi caſus, ubi actor ad juramentum affectionis propter intereſſe extra rem conſideratum admittatur? Hic vero egregiam navavit operam Illuſtr. Thomaſius *in cit. Diſp. Cap. I. §. 24.* ubi totam quæſtionem ita ex fundamento explicat. Scilicet omne pretium affectionis, prout hoc ipſa denominatio indicat, ex affectibus humanis circa rem quandam concurrentibus oriri dicit. Sed vero affectus triplices ſunt, *ambitio, avaritia & voluptas.* Quantum ad *avaros* attinet,

inet, illi erga res ſingulares nullam fere affectionem fovent, nummis ſolummodo intenti, quorum erogatione commodum ſuum promovere poſſunt, quæ commodi promotio in rebus ſingularibus ceſſat. Ergo avaro aliquot nummi à Principe donati magis arrident, quam alia gratiæ & benevolentiæ teſtimonia, quia non illam primario intendit, ſed tantum habet pro medio perveniendi ad finem ſuum, ſcilicet ad divitias.

Aliter res ſeſe *ambitioſorum* intuitu habet. Unde omnes fere circumſtantiæ, propter quas affectio circa rem adeſſe creditur, unice in aliqua ambitione fundantur, *v. g. quod res ſit donata a Principe.* Ambitioſus enim nihil ipſa gratia Principis antiquius habet. Et quamvis leviſſimum ſaltem fuerit, quod profectum eſt à Principe, ambitioſo tamen id inæſtimabile videtur. *Præmium illuſtris alicujus certaminis* eandem affectionem producit, & licet vel coronæ gramineæ, ut olim, ferreæ, aut quercinæ datæ fuerint, circumſtantia tamen certaminis & fortitudinis magnam affectionem operatur. *Reliquias* porro *caſus alicujus inſoliti* magnifacere ſolemus, non ob alium finem, quam ut jactatione quadam multa de caſu illo inſolito & periculo, in quo nos tanquam homines ſingulares ſervati fuerimus, aliis narrare poſſimus, quo pertinet v. gr. equus, cujus ope magnum periculum quis evaſit, &c. Item, *quæ a majoribus accepimus*, in magno etiam pretio habemus,

mus, antiquitas enim familiæ ambitionem auget, nam quo antiquior res eſt, eo antiquius præbet teſtimonium de antiquitate familiæ.

Quoad *Voluptuoſos* ſimiliter ſpecies quædam affectionis deprehenditur. Sed hi potius eo reſpiciunt, an res dilectas à ſodalibus ſuis, vel ab amaſia acceperint, quam à Principe, aut Viro quodam illuſtri. Unde linteolum, aut ligamentum, amoris teſtimonium, ein affections-Bändgen / pluris faciunt, quam alias res pretioſiſſimæ ab aliis æſtimari ſolent.

Applicationem jam ita facimus: *Pretium affectionis ex ambitione proveniens, licet affectio ſit extra rem poſita, juramento in litem affectionis locum concedit, ſecus quam illud, quod ex voluptate oritur.* Ratio *cit. loc.* §. *26.* ſuppeditatur. Nempe voluptas eſt vitium, quod omnium reprehenſioni eſt obnoxium adeoque huic non ſuccurrunt, neque ei favent Leges humanæ. Accedit, quod Leges ferantur ab ambitioſis hominibus, h. e. ab hominibus in virili ætate conſtitutis, qui aliis dominantur, qui adeoque Leges ingenio proprio valde indulgentes condunt, & ea, quæ ipſis adverſa ſunt, condemnant. Adde *c. 3.* §. *36. diſp.* ubi ita: ſicuti in jure non quilibet metus actionem quod metus cauſa producit, ſed is demum, qui cadit in virum conſtantem, *l. 5. & 6. ff. quod met. cauſ.* & qui a Viris bonis, h. e. ambitioſis approbatus eſt, *l. 8.* §. *2. ead.* ita nec omnis affectionis erga rem in judiciis ratio habe-

habetur, ſed ejus demum, quæ cadit in virum honeſtum & gravem. Addimus ad illuſtrationem dictorum adhuc *l. 6. §. 2. ff. de Oper. ſervor.* ubi ita Ulpianus; *item*, inquit, *voluptatis vel affectionis æſtimatio non habebitur, veluti ſi dilexerit eum* (ſervum) *dominus, aut in deliciis habuerit.*

LIB. XII. TIT. IV.

De Condictione cauſa data, cauſa non ſecuta.

DISTINCTIO I.

Inter cauſam *præteritam* & *futuram*, ob quam aliquid datum fuit.

Cauſa præterita huc non pertinet. Ponamus ergo, Titium ædes ſuas Sempronio vendidiſſe non ſolum, ſed præterea etiam tradidiſſe, Sempronium vero in ſolutione pretii hactenus moram commiſiſſe; quæritur, an Titius propterea jus pœnitendi habeat & a contractu iterum reſilire poſſit? Notum vero eſt ex vulgaribus principiis, quod in nullo contractu nominato, qualis eſt emtio venditio, pœnitendi facultas competat, ſed ſolum propter moram alterius ad intereſſe agendum ſit, conſenſus enim hic absque pretii ſolutione jam perfectam producit obligationem,

nem, & in hoc conſiſtit *cauſa* illa *præterita*, *v. l. 8. C. de contrab. emt.* ſecus in contractibus innominatis, ubi ex ſolo prævio conſenſu, tanquam pacto nudo, cauſa, id eſt obligatio perfecta nondum oriebatur, ſed ex traditione demum, v. gr. Do, ſed ſub modo, UT DES: Do ut FACIAS, ergo ob cauſam ſaltem futuram, quæ ſi non adimpletur, ut ſperabam, facultas rem meam repetendi mihi etiam competit, *v. l. ult. ff. h. t.*

Quæritur autem, cum hodie ratione obligationis inter contractus nominatos & innominatos non amplius ſit differentia, utrum adlata diſtinctio uſum aliquem adhuc in praxi præſtet? Affirmative reſpondendum eſſe exiſtimamus. Nam adhuc frequenter accidit, ut aliquid detur ſub modo, v. g. ut a lite diſcedatur, ut matrimonium mecum contrahatur, quod fit in arrhis ſponſalitiis & dote, nec non, ut negotium expediatur, quem tamen modum implere ceſſat alter, quis vero dubitaret, quod in tali caſu huic noſtræ condictioni non ſit locus; *v. l. 3. §. 2. & 3. l. 6. aliasque ff. h. t.* Idem eſt, ſi quid donatum fuerit ſub modo, *v. g. ut alter certa tibi alimenta præberet*, juxta *l. 1. C. de donat. quæ ſub mod.* ubi etiam rei vindicatio conceditur, quæ alias quidem juxta principia Juris Romani in ejusmodi caſibus locum non invenit.

Ad cauſam futuram alias quoque *conditio* referri ſolet; ſed ea in præſenti materia non indi-

indigitatur. Deficiente enim conditione, totus actus annihilatur, *l. 37. ff. de contrah. emt. l. 8. pr. ff. de peric. & commod. rei vend.* ergo res tunc vindicari poterit à quocunque poſſeſſore. Quamvis vero in *l. 3. & 7. C. de Condict. ob cauſ. dat.* ſynonymice accipiantur illa duo vocabula: *conditio* & *modus*, quilibet tamen vocem *conditionis* hic abuſive ſumi facile advertit.

LIB. XII. TIT. V.

De Condictione ob turpem, vel injuſtam cauſam.

DIST. I.

Inter cauſam *turpem* & *injuſtam*.

SOllicite has duas ſpecies ab invicem diſtinguunt nonnulli L L. interpretes, ut Frantzkius *in Comm. ad h. t. num. fin.* Lauterbach. *ad h. t.* Perez *ad tit. C. de Condict. ex Lege n. ult.* nec non Struvius *S. I. C. Ex. 18. th. 28.* qui hanc differentiæ rationem (quantum ex ſubjectis ab eodem exemplis colligere licet) adducit, quod condictio ob *turpem* cauſam locum inveniat, ſi quid datum ratione alicujus præſtandi *in futurum*, quod intuitu accipientis turpe ſit; condictio autem ob *injuſtam* cauſam, ſi accipiens quid conſecutus fuerit ex

cauſa

cauſa injuſta *præterita*, v. gr. ſi repeto pecuniam ex coacta ſtipulatione ſolutam, aut ſi condicuntur fructus, quos m. f. poſſeſſor ex re noſtra provenientes conſumſit, &c. Frantzkius *loc. cit.* ulterius condictionem *ob injuſtam cauſam* & *ex injuſta cauſa* à ſe invicem diſtinguit, dicendo, quod prior reſpiciat futurum, poſterior autem præteritum. Sed ita condictio ob injuſtam & turpem cauſam coincidere videtur? Has vero ita diſtinguit, ut condictio ob turpem cauſam locum habeat, ſi quid propter *ſingularem aliquam* turpitudinem futuram detur; ob injuſtam vero, ſi talis ſingularis turpitudo non ſubſit.

Verum enim vero rectius monent alii, revera nullam hic ſubeſſe differentiam. Omne turpe eſt injuſtum, & omne injuſtum eſt turpe. Turpitudo quoque talis ſemper manet, ſive tanquam præterita concipiatur, ſive tanquam futura. Nec gradus turpitudinis diverſam deciſionem ſuppeditare poteſt. Et ergo ſine cauſa duas rubricas Codici inſeruit Tribonianus, unam *de condictione ob turpem*, alteram *de condictione ex injuſta cauſa*, conf. Schilter. *Exerc. 24. th. 16.* Exc. Thomaſius *in not. ad Strauch. Diſſ. 22. th. 9.*

Et quid ſi etiam concederemus diſſentientibus, quod revera inter utramque ſpeciem differentia intercedat? ea tamen theoretica ſaltem eſſet, non practica, cum in eo conveniant omnes, quod non ſolum illud, quod pro-

propter *injuſtam*, ſed & quod propter *turpem* cauſam dedi, indiſtincte iterum repeti poſſit. Ergo eorum intuitu, qui hic nimis ſubtiliter diſputant, vulgatum illud optime applicatur:

Maxima de nihilo naſcitur hiſtoria.

DISTINCTIO II.

Inter turpitudinem intercedentem vel ex parte *ſolius dantis*, vel *ſolius accipientis*, vel *utriusque ſimul*.

HÆc diſtinctio extra omne dubium magnam utilitatem adhuc hodie in foro præſtat. Scilicet, ſi turpitudo *ab utraque parte* adeſt, v. g. ſi tibi centum thaleros do, ut Titium verberes, occidas &c. condictioni locus non datur, quia in pari cauſa poſſidentis conditio ſemper melior habetur, *v. l. 3. ff. h. t.* Idem eſt, ſi turpitudo deprehendatur in perſona *ſolius dantis*, quo pertinet exemplum Ulpiani in *l. 4. §. 3. ff. h. t.* ſi meretrici aliquid datum fuerit, quod repeti nequit. Quamvis enim Ulpianus male audiat communiter, quod dixerit: *meretricem turpiter facere, quod ſit meretrix: non turpiter accipere, cum ſit meretrix*; recte tamen ſeſe habet ejus aſſertum, ſi juxta mores Romanorum, quibus Lupanaria tolerabantur, explicetur. Qui enim ex Legis permiſſione agit, ille quidem actionem laudabilem non ſuſcipit, in foro tamen externo

pro homine turpi haberi nequit, licet inter perſonas viles & abjectas referatur. Quod ſi tamen de foro interno & moribus noſtris quæſtio formaretur, aliud omnino dicendum eſſet. Quod ſi vero *a parte ſolius accipientis* turpitudo interveniat, v. g. ſi quid alteri dem, ne furtum, vel damnum mihi inferat, ne injuriam faciat: ut depoſitum, vel commodatum reſtituat, quod ſponte facere recuſabat, *v. l. 2. §. 1. & l. 9. h. t.* tunc demum condictioni locus eſt. Danti enim nihil imputari poteſt, bene tamen accipienti.

Lib. XII. Tit. VI.

De Condictione indebiti.

DISTINCTIO I.

Inter indebitum *abſolutum* & *ſecundum quid* tale.

P*Rius* vocant, quando is, qui indebitum accepit, nullam omnino cauſam allegare valet, propter quam ſolutum repetere poſſit, v. g. ſi pupillus ſine tutoris autoritate aliquid promiſit & ſolvit, item, ſi id, quod ſub conditione promiſſum, ea adhuc pendente ſolvitur, &c. *poſterius* autem, quando accipiens vel jus naturale, cui lex civilis non aſſiſtit, vel e contrario jus civile ſtrictum & ſubtile, quod

quod ab æquitate naturali quodammodo recedit, pro ſe allegare valet, unde nova diſtinctio indebiti oritur, de qua mox dicemus ſub *Diſt. III.* Uſus præſentis diſtinctionis hic eſt: Indebitum abſolutum indiſtincte repeti poteſt; illud vero, quod ſaltem ſecundum quid tale eſt, interdum repetitur, interdum non, prout etiam dicetur.

DISTINCTIO II.

Inter indebitum *ex errore juris & facti* ſolutum.

UTrum in hac materia omnis error condictionem pariat; an vero error facti ſolum, valde inter DD. disquiritur. Sed nos reſervabimus deciſionem ejusdem ad *tit. de juris & facti ignorantia.*

DISTINCT. III.

Inter indebitum *naturale tantum & civile tantum.*

N*Aturale tantum* vocatur, quod quidem juxta jus civile ſtrictum & ſubtile peti poſſet, (& adeo hoc reſpectu non eſſet indebitum) ſed cui ſimul tamen æquitas naturalis reſiſtit, quo minus exigi queat. Exemplum habuimus *ad tit. quod vi metusve cauſ. geſtam erit*; ubi juxta Stoicorum principium: coacta voluntas etiam eſt voluntas, promiſſa metu extorta

torta omnino præſtanda erant vi ſtricti juris, ſed Prætor tamen, tanquam reſtaurator æquitatis naturalis, reſtitutionem concedebat, vi cujus promiſſum non ſolum non præſtari debebat, ſed tunc quoque, ſi jam præſtitum erat, ſolutum repeti poterat. *Civile tantum* appellant, ubi quidem æquitas naturalis ſolutionem factam ſvaſit, ſed vero de jure civili actio ad eam exigendam non competiit. Tale erat, quod ex nudo pacto debebatur. Quantum ad uſum practicum attinet, ita tenendum: Si indebitum eſt *naturale tantum*, tunc illud omnino iterum repetitur, prout ex adducto exemplo de obligatione vi metuque extorta ſatis liquido adparet. In concurſu enim æquitatis naturalis & ſtricti juris, illa huic ſine dubio præferenda eſt, conf. *l. 47. ff. h. t. verb. quoniam indebitam Jure Gentium pecuniam ſolvit, l. 66. h. t. ibi : hæc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum ſine cauſa deprehenditur, revocare conſvevit.* Aſt, ſi indebitum *civile tantum* eſt, tunc non repetitur ſolutum, ex modo adducta ratione, conf. *l. 15. pr. h. t. verb. indebiti ſoluti condictio naturalis eſt.* Et huc recurrit, quando communiter aſſerunt DD. nudum pactum apud Romanos non produxiſſe quidem actionem, bene tamen exceptionem, v. *l. 7. §. 4. ff. de pact.* Unde maximam curam adhibere convenit, ut alterum ab altero probe diſtinguatur.

DISTINCTIO IV.

Inter *errorem* intercedentem ex parte *ſolventis* & *accipientis.*

USum diſtinctionis in eo ponit Lauterbach. *ad h. t.* quod ratione ſolventis error facti ſolummodo excuſet, non autem error juris; ratione accipientis autem utraque, cum is ex errore ſuo, qualiſcunque ille demum fuerit, lucrum conſequi non debeat. Quænam quoad prius (nam poſterius libenter concedimus) noſtra ſententia, ex iis, quæ *infra ad tit. de juris & facti ignorantia* dicentur, & ſimul de uſu hujus diſtinctionis genuino conſtabit.

DISTINCTIO V.

Inter Condictionem indebiti *certi* & *incerti.*

PRiori locus eſt, quando certum quid repetimus, v. g. certam quantitatem, ædes, fundum, equum, & id genus alia; *poſteriori*, quando incertum quid condicitur, id eſt, intereſſe, poſſeſſio, obligatio, &c. vide caſum in *l. 40. §. 1. ff. h. t.* add. *l.* 15. §. 1. *ff. h. t.* Uſus practicus nullus adeſt, ſed mere theoreticus, ut diverſa condictionis hujus objecta probe ab invicem ſeparentur. Idem in reliquis titulis obſervandum, quando ſcilicet etiam condi-

ctio ſine cauſa, condictio furtiva aliæque ita diſtingui conſveverunt, niſi forſan quoad condictionem furtivam dicere velis, quod ea, ſi *certi* dicitur, domino ſoli, *incerti* autem non-dominis competat, quamvis & hic in effectu parum interſit.

Lib. XIII. Tit. I.
De Condictione furtiva.
DISTINCTIO I.
Inter *Condictionem furtivam* & *actionem furti.*

UTraque ex delicto quidem provenit & ſic mere perſonalis eſt, (nam à tertio rei furtivæ poſſeſſore eadem vindicari debet) differunt tamen *diverſo fine.* Scilicet condictio furtiva rem ſolummodo perſequitur, vel ſi res non amplius extat, ejus æſtimationem; actio furti autem mere pœnalis eſt, quippe qua vel duplum, vel quadruplum apud Romanos conſequebatur Actor, prout furtum vel manifeſtum erat, vel non manifeſtum, *§. ult. J. de oblig. quæ ex delict. naſcunt.* Ex quo provenit, quod condictio furtiva quidem adhuc hodie in uſu ſit, non autem actio furti, quia actiones Romanorum pœnales nunquam

rece-

ecepimus, de quo ſuo loco fuſius dicetur. Et recte notat Lauterbach *in Comp. Jur. h. t. ab init.* quod condictio furtiva interdum quidem actio furti etiam appelletur, ſed *improprie* tamen, *v. l. 7. ff. de furt.* quod enim ibi per actionem furti condictio noſtra intelligatur, ſatis exinde adparet, quoniam actio commodati (propter furtum à commodatario factum inſtituta) actionem furti tollere dicitur, & vice verſa, quod ad actionem furti proprie ſic dictam, tanquam pœnalem, applicari non poteſt.

DISTINCTIO II.

Inter Condictionem *furtivam* & actiones *ex aliis delictis* orientes.

HIc tanquam prorſus ſingulare obſervandum venit, quod nulla unquam actio ex delicto proveniens contra heredem inſtitui poteſt, *niſi aliquid ex delicto ad eum pervenerit*, vel *niſi lis cum defuncto jam conteſtata fuerit*, *vid.* §. *1. J. de perpet. & temp. action.* Et quamvis nonnulli hic contra communem DD. opinionem defendere voluerint, quod dicta aſſertio tantum de actionibus pœnalibus intelligenda ſit, rei perſecutoria autem indiſtincte contra heredes competat, ſive aliquid ad eos pervenerit, ſive non; nos tamen illi hypotheſi ſubſcribere nondum poſſumus, partim ob *cit.* §. *1. J. de perpet. & temp. act.* quæ ſatis aperte actio-

 nes

nes pœnales & rei perſecutorias ab invicem diſtinguit: partim, quia in *l. 1. §. ult. ff. de vi & vi arm.* expreſſe dicitur: *ex cauſa* hujus interdicti (ex delicto orientis) in heredem & bonorum poſſeſſorem ceterosque ſucceſſores *in factum actio* (non ergo de pœnali ſermo eſt) competit in id, *quod ad eos pervenit*, qui textus diſſentientibus varia tormenta conciliare ſolet. Aſt dicunt, heredes tamen factum defuncti præſtare debere; Recte. Sed facta defuncti ſunt duplicis generis, alia licita, alia illicita. Priora præſtare tenentur heredes, neutiquam vero poſteriora. Imo *injuſtum* lucrum heredibus extorquendum eſt; ſed, ſi ad heredes ex delicto nihil pervenit, tunc quoque injuſtum lucrum penes eos non deprehenditur, quod illis extorquendum ſit.

Satis ergo firma manet theſis: *actiones ex delicto non dari adverſus heredes.* Nunc ad exceptionem pergimus. Condictio enim furtiva indiſtincte contra heredes competit, *quamvis nihil ad eos pervenerit, & quamvis lis cum defuncto non fuerit conteſtata.* Ita habetur in §. *f. in f. J. de Oblig. quæ ex delict. & in l. 9. ff. h. t.* Si rationem tam diverſæ deciſionis deſideras, DD. communiter hanc tradunt, *quia fur eſt in perpetua mora, mora autem obligationem ſemper perpetuat.* Adducunt in hanc rem *l. 8. §. 1. ff. h. t.* ſed ibi plane alia quæſtio, ſcilicet de intereſſe ob rem peremtam à fure præſtando, ubi ſine dubio recte applicatur adlata

ata ratio, quod nempe tunc illud tempus ſpectandum ſit, quo res furtiva plurimi fuit, hoc enim & in aliis delictis locum habet. Verum, quod propterea heredes etiam conveniri poſſint, licet nihil ad eos pervenerit, hoc exinde non probatur. Nam quilibet delinquens, qui non in ipſo momento, ubi delictum commiſit, læſo ſatisfactionem offert, moram committit. Ergo omnis quoque actio ex delicto proveniens contra heredem competeret, quod tamen falſum eſt. Manet ergo, quod hic mera deciſio civilis deprehendatur, cujus ratio reddi non poteſt, juxta *l. 20. ff. de L L.* Legem ergo non corrigimus, quod nobis non competit, ſed rationem non concludere ſolummodo oſtendimus.

LIB. XIII. TIT. IV.

De eo, quod certo loco dari oportet.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *quod certo loco* & actionem *directam*.

UT rite judicium ferri poſſit, an hæc diſtinctio adhuc hodie in praxi uſum habeat, annon? diverſa ſuppoſita præmittenda erunt,

 I.

I. Quod actio *de eo, quod certo loco*, non pertineat ad contractus bonæ fidei, ſed ad eos ſaltem, qui ſtricti juris dicuntur, ſive unilaterales, *v. l. 5. 6. 7. ff. h. t.*

II. Quod Judex pedaneus in contractibus ſtricti juris præciſe ad verba contractus adſtrictus fuerit.

III. Et quod proinde dicta actio potiſſimum, imo unice ex diſtincto officio Prætoris & Judicis pedanei profluxerit.

IV. Quod porro, uti ex dictis infertur, ſi quis centum Epheſi dare ſtipulatus erat, domicilium autem ſuum Romæ habebat, in hoc foro Domicilii juxta jus civile ſtrictum conveniri non poterat, licet ſolutio, prout promiſſum erat, Epheſi non perficeretur, *v. l. 1. ab init. ff. h. t.*

V. Quod autem, quia hoc iniquum videbatur, Prætor hanc iniquitatem corrigere voluerit. Prætoriam enim eſſe actionem *de eo, quod certo loco*, D D. facile concedunt.

VI. Quod Prætor, quemadmodum alias jus civile vetus illudque ſubtile *aperte* corrigere & abrogare non audebat: ita quoque in præſenti materia idem facere noluerit, unde actionem noſtram *utilem* vocavit. Conf. omnino *l. 1. ff. h. t.* ubi Cajus ita; *Sed quia*, inquit,

uit, *iniquum erat, ſi promiſſor ad eum locum, in* *uem daturum ſe promiſiſſet, nunquam accederet,* *uod vel data opera faceret, vel quia aliis locis* *eceſſario diſtringeretur, non poſſe ſtipulatorem ad* *uum pervenire: ideo viſum eſt, utilem actionem* *n eam rem comparare.*

VII. Quod ex plurium, ſi non omnium onfeſſione, actio hæc utilis non differat *rea-* *iter* ab actione directa, ſed ſaltem adjectitia ualitate. Sic v. g. ſi eum, qui Epheſi dare tipulatus eſt, in hoc loco factæ promiſſionis onvenio, vocatur *actio ex ſtipulatu;* ſi vero ctionem in foro domicilii inſtituo, vocatur *ctio ex ſtipulatu de eo, quod certo loco.* Fuſe le hac materia differit Reinhardus Bachovius *le Action. Diſp. 7. part. 2. th. 3. Ex his au-* *em*, inquit, *& quod creditorem cum commemora-* *ione loci agere oportebat, evincitur neceſſario,* *uod ipſa actio prima, quam quis v. g. ex ſtipu-* *atu ſibi quaſivit, ſua natura ſit ſtricti juris, &* *uod ipſa actio ex ſtipulatu ſit in judicium dedu-* *enda:* (ſive potius, *in jure* proponenda, id ſt coram Prætore, nam ita pergit Bachovius) *uandoquidem hac ratio juris noſtri eſt, ut obli-* *atio & actio, prout primo conſtituta & nata eſt,* *it in jure apud Pratorem proponenda, qui ſecun-* *dum narrationem & propoſitionem Actoris formu-* *lam dabat, & cum ea partes ad judicem pedane-* *um mittebat. Itaque in noſtris terminis neceſſe* *habebat actor exponere Pratori, quod Titius ſibi* *pro-*

promiſerat centum Epheſi dari, ſed quia in locum adjectum non veniret, cogi ſe alibi experiri, ita ut propter intereſſe loci permittat æſtimationem & arbitrium Judici, an minoris, an majoris, & omnino quanti Reus ſit condemnandus, juxta quam petitionem Prætor formulam dabat, permiſſa nominatim arbitrio Judicis æſtimatione & hoc ipſi formulæ inſerto, (v. gr. ſi paret Titium decem Epheſi debere, neque in eo loco pecuniam debito tempore ſolviſſe, Judex ex arbitrio tuo condemna, Bachov. *cit. loc. theſ. 2. in f.*) *nam alias actor cauſa caderet* (ob plus petitionem, *v. §. 33. J. de action.*) *& reus juxta naturam ſtricti juris judiciorum objecta exceptione actionis alibi motæ abſolveretur. Quæ ſcilicet*, concludit, *perſpicue oſtendunt, unam ſpeciem & eandem origine eſſe actionem, quæ alio loco movetur, ſed quæ tantum novam induit qualitatem, diverſam ab actionibus ſtricti juris, in quibus Judex ad certam quantitatem, quæ in obligatione fuit, adſtringitur.* Hæc ulterius proſequitur Bachovius, quæ omnia huc tranſcribere nimis prolixum foret. Diſſentit quidem Anton. Faber *in tr. de error. pragmat. Decad. 91. error. 5.* putans actionem alio loco inſtitutam aliam omnino à priori & prorſus non ex ſtipulatu eſſe; ſed hujus ſingulas rationes jam fuſe & acerbe ſimul refutatas invenies apud cit. Bachovium *d. loc.* ergo ut nos hic detineamus, operæ pretium iterum non eſſe videtur.

Quæ-

Quæritur ſaltem pro ratione inſtituti noſtri: Utrum diſtinctio inter *actionem de eo, quod certo loco* & inter *directam* adhuc hodie in foro utilitatem præſtare queat?

Sed hic porro & in anteceſſum quæritur: (1.) an adhuc hodie judices pedaneos habeamus, in contractibus ſtricti juris ad verba conventionum præciſe adſtrictos? Negatur. (2.) An adhuc hodie Prætores habeamus, qui Judicibus pedaneis certas formulas præſcribunt? Negatur. (3.) Annon hodie libere & aperte iniquitatem juris veteris ſubtilis redarguere liceat, quod neutiquam licebat Prætori? Affirmatur. (4.) An ergo, ſi hoc licet, adhuc illis coloribus opus ſit, quibus Prætor uti neceſſe habebat? Negatur, &c.

Quid ergo? Sane ſi omnia ſuppoſita illius diſtinctionis corruunt, quisnam adhuc adſtrueret, quod dicta diſtinctio utilitatem in foris Germaniæ præbere poſſit? Ergo hodie, ſive in loco promiſſæ ſolutionis, ſive ob moram, vel ex alia cauſa, in loco domicilii agatur, ſemper actio directa inſtituitur, nec adjectitia aliqua qualitate indigemus amplius. Quod enim de bonæ fidei judiciis dicitur in *l. 7. pr. h. t.* quod iis hoc per ſe inſit, ut alibi intentata pro æſtimatione loci definiantur: illud hodie eodem modo etiam

iam ad ea judicia, quæ ſtricti juris vocantur, applicari poterit.

LIB. XIII. TIT. V.
De Conſtituta pecunia.

DISTINCTIO I.

Inter Conſtitutum *obligatorium* & *poſſeſſorium*.

Conſtitutum *poſſeſſorium* nihil aliud eſt, quam ſpecies fictæ traditionis per brevem manum, quando ſcilicet cauſa poſſeſſionis, in qua hactenus conſtitutus fui, mutatur, v. g. ſi rem meam vendo, ſed eam ſtatim ab emtore conduco, aut ſi rem, quæ hactenus ex titulo commodati, vel locati penes me fuit, jam titulo Domini propter præcedentem juſtum contractum posſidere incipio, conf. *l. 18. ff. de acqv. vel amitt. poſſ. l. 77. ff. de R. V.* item in materia pignorum, ſi debitor Creditori hypothecam in rebus ſuis conſtituit cum clauſula conſtituti poſſeſſorii, vi cujus debitor rem oppignoratam in caſu moræ non proprio ſuo, ſed Creditoris nomine posſidet, atque adeo Creditorem in posſeſſione conſtituit, de qua clauſula vid. Mev.

P. 5.

l. 5. Dec. 159. 160. 350. Illuſtr. Dn. Stryk. *de Caut. ontract. Sect. 2. c. 4. §. 19.*

Conſtitutum *obligatorium* e contrario nihil aliud eſt, quam geminatum nudum pactum, reſpiciens ſolutionem vel debiti proprii, vel alieni, quod Prætor ad corrigendam ſubtilitatem juris veteris iterum introduxit, quoniam grave eſt, fidem (geminatam) fallere, *l. 1. pr. ff. h. t.* Unde in aprico eſt, qua ratione conſtitutum debiti proprii à ſtipulatione, debiti item alieni à fidejusſione differat. Ad conſtitutum enim non requiruntur verba ſolennia, ſed quælibet alia, ſive oretenus prolata, ſive ſcriptis comprehenſa ſufficiunt. Placet ſubjicere caſum ex *l. 24. ff. h. t.* qui non parum ad illuſtrationem hujus materiæ conferre poteſt. Ita autem ait Marcellus: Titius Sejo epiſtolam emiſit in hæc verba: *Remanſerunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos reddere debebo Idibus Majis probos. Quod ſi ad diem ſuperſcriptum non dedero, tunc dare debebo uſuras tot.* Quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus ſucceſſerit? Marcellus reſpondit, ſi interceſſiſſet ſtipulatio, ſucceſſiſſe. Item quæro, an ſi non ſucceſſisſet, de conſtituta teneatur? Marcellus reſpondet, in ſortem teneri. Eſt enim humanior & utilior iſta interpretatio.

Lib. XIII. Tit. VI.

Commodati vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter Commodatum *ſolius commodantis*, *ſolius commodatarii* & denique *utriusque cauſa ſimul* factum.

Usus in diverſa culpæ præſtatione ſeſe exſerit. Si enim commodatum *ſolius commodantis* gratia contrahitur, v. g. ſi quis ſponſæ forte ſuæ, vel uxori, quo honeſtius culta ad ſe deduceretur: item ſi quis ludos edens Prætor ſcenicis, vel ipſi Prætori quis ultro commodavit, tunc a commodatario nil præter *culpam latam* exigitur, *l. 5. §. 10. ff. h. t.* ubi ſub voce *doli* lata culpa comprehenditur. Quod ſi porro *utriusque, & commodantis & commodatarii gratia* contractus celebratus fuerit, v. g. ſi communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam ſuſcepiſſes & ego tibi argentum commodaverim, præſtanda erit *culpa levis, l. 18. pr. verſ. at ſi utriusque ff. h. t.* Si vero denique commodatum *ſolius commodatarii gratia* contrahitur, *culpa levisſima* a commodatario exigitur, *d. l. 18. pr. h. t.*

Quod

Quod ſi quæritur, quid in dubio præſu-
ır: an ſcilicet *ſolius commodantis*, an *ſolius*
modatarii, an vero *ſimul utriusque gratia*
modatum celebratum fuerit? Tunc ſine
o pro media ſpecie ſtabit præſumtio. Or-
ia enim commodati natura eſt, ut pro-
ſolius accipientis utilitatem ineatur, *l. 5.*
in fin. ff. h. t. at vero contrahentes in du-
ordinariæ Legum diſpoſitioni ſe confor-
e cenſentur.

Cum ſub hoc titulo communiter materia
lè dolo, culpa & caſu fortuito generatim
xplicari ſoleat; hinc noſtri quoque offi-
ii erit, ut diſtinctiones in hac materia oc-
urrentes, breviter ad trutinam revoce-
ius. Unde jam ſequitur

DISTINCTIO II.

nter dolum *præteritum & futu-rum.*

lus præteritus pacto remitti poteſt, non
item futurus, tale enim pactum ad de-
ndum invitaret, *l. 23. ff. de R. J. l. 1. §. 7.*
eſ.

DISTINCTIO III.

Inter dolum *bonum & malum.*

L Voca-

VOcabulum *doli* abſtrahendo a certis circumſtantiis nihil aliud denotat, quam acumen ingenii, commodum noſtrum quocunque modo promovendi. Fit hoc autem duplici ratione, ſcilicet mediis vel *licitis*, quo caſu dicitur dolus *bonus*, Germ. eine Klugheit/ Vorſichtigkeit/ quo omnes licitæ cautelæ pertinent: vel *illicitis*, & tunc dolus *malus* appellari ſolet, Germ. Argliſtigkeit/ unde proverbium: Argliſtigkeit iſt keine Klugheit. Dolus malus in jure prohibitus, nullibi vero dolus bonus.

DISTINCTIO IV.

Inter dolum *præſumtum* & *verum*.

VErus dolus ex malitioſo propoſito & intentione alterum lædendi dijudicatur: *præſumtus* autem idem eſt, quod lata culpa, v. Lauterbach *ad tit. ff. de dol. mal.* Has duas ſpecies accurate à ſe diſcernere, multum refert. Interdum enim promiſcue uſurpantur & eadem prorſus prædicata admittunt, interdum autem non. Scilicet, quotiescunque agitur de privato damno reſarciendo, toties nihil intereſt, utrum ex vero, an ex præſumto alterius dolo damnum oriatur, ut ex famoſa *l. 32. ff. depoſiti* aliisque conſtat. Aſt, ſi de pœna publica imponenda agitur, tunc lata culpa

vero

› dolo non æquiparatur. Hinc homici-
n doloſum aliter punitur, quam culpo-
, *l. 7. ff. ad L. Corn. de ſicar.* Sic Tutor
› vero pupillum lædens infamia afficitur,
ı autem, qui dolo præſumto læſionem in-
, *§. 6. J. de ſuſpect. tut.*

DISTINCTIO V.

Inter Dolum *ex propoſito* & *ex re.*

Rior producit querelam nullitatis per ea,
quæ ad *tit. de Dol. mal. diſt. 1.* diximus;
ob poſteriorem contractus non eſt nul-
ſed ex *l. 2. C. de reſcind. vendit.* alternati-
gendum eſt, vel ut ſuppleatur id, quod
› pretio deeſt, vel, ſi hoc alter facere re-
t, ut a contractu iterum recedatur. Do-
enim ex re nihil aliud eſt, quam læſio ultra
dium.

DISTINCTIO VI.

ıter Culpam *commisſionis* & *omisſionis.*

Sus hic nullus deprehenditur, præter-
quam ut terminos intelligamus. Pro
utramque enim ſpeciem eædem actiones
petunt, non modo ex contractu, ſed et-
ſi ex L. Aquilia reparatio damni petatur.

Termini autem ita ſunt intelligendi. Diligentia ſcilicet, quæ culpæ opponitur, conſiſtit interdum in omittendo, interdum in committendo. Quod ſi ergo committitur, quod omittendum erat, vocatur *culpa commiſſionis*, v. g. ſi quis ignem, vel candelam ardentem in eum locum adfert, ubi fœnum, ſtramen, aut alia materia uſtibilis deprehenditur; viciſſim, ſi quis omittit, quod committendum erat, culpa omiſſionis vocari conſvevit, v. g. ſi quis noctu januam non claudat & ſic res per fures auferantur, &c.

DISTINCTIO VII.

Inter culpam *malitiæ* (ſeu *verſutiæ*,) & *ignaviæ*, (*imprudentiæ* vel *negligentiæ*.)

HAnc diſtinctionem in textibus Juris civilis fundatam eſſe, hactenus deprehendere non potui, in jure tamen feudali quodammodo fundata eſſe videtur, quoniam ibi omne Vaſalli admiſſum vocabulo *Culpæ* ſ. *Feloniæ*, Germ. des Lehnsfehlers / denotari ſolet, *vid. Colleg. noſtr. Feudale Diſp. IIX. theſ. III.* Quicquid tamen ſit, illa diſtinctio aperte contra Regulas Logicas impingit. Altera enim ſpecies, culpa ſcilicet verſutiæ, latius patet, quam ipſum genus, nihil aliud enim eſt, quam merus dolus, v. Reinhard. Bachovius *ad §. 2. J. quib.*

tib. mod. re contr. oblig. num. 3. in fin. Arnnius *ad eund.* §. *num. 11.* Idem ergo mihi ſta diſtinctione videtur, ac ſi quis homi ı in rationalem & irrationalem diſtinguere aretur.

DISTINCTIO IIX.

nter Culpam *latam*, *levem* & *leviſſimam*.

QUalis hujus diſtinctionis uſus ſit, ex regulis, quas DD. vulgo formare conſveverunt, facile conſtat.

Regula I. Quotiescunque contractus *ſo- accipientis* utilitatem reſpicit, v. g. comodatum, toties ab illo accipiente *culpa leviſſima* præſtanda eſt, *l.* 5. §. 2. *ff. h. t.* dans vero ſolum dolum præſtandum tenetur, *l.* 61. §. *ff. de furt.* & hic vocabulo doli culpam latam t alias in negotiis mere civilibus, vid. diſt. *I.*) non comprehendi exiſtimo, ob verba *l.* 61. §. 6. *quin etiam paulo remisſius circa in- pretationem doli mali debere nos verſari.*

Regula II. Quotiescunque per contraum celebratum *utriusque contrahentium* utilis promovetur, toties uterque etiam *culpam vem* alteri præſtat, *d. l.* 5. §. 2. *h. t.* v. g. in mtione, locatione, pignore, &c. Quoad pinus tamen obſtare videtur *l.* 13. §. 1. *ff. de*

 pign.

pign. act. ubi etiam culpa leviſſima requiri videtur, verb: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in dommodata. Venit & cuſtodia.* Verum cum *l. 5. §. 2. h. t. & d. l. 13. §. 1.* idem Autor ſit, Ulpianus ſcilicet, probabile autem non ſit, eundem Ulpianum ſibi contradixiſſe, præcipue quoniam utraque lex ex eodem tractatu deſumta, nempe *l. 5.* ex *l. 28.* ad edictum, *l. 13.* autem ex *lib. 38.* ad Edictum, hinc quamvis alias correctioni legum non faveamus, admittenda omnino eſſe videtur opinio Noodtii, qui *lib. 1. probabil. c. 4.* ita legit, *at in commodato venit & cuſtodia*, cui opinioni accedit, quod puncta & aliæ diſtinctiones, quæ in textibus corporis juris deprehenduntur, non ſint avthenticæ, ſed à DD. inſertæ. Aliter reſpondet Phil. Matthæi *ad l. 23. de R. J. num. 80.* cujus tamen reſponſio paulo obſcurior eſſe videtur.

Regula III. Quotieſcunque contractus ad *ſolius dantis* utilitatem tendit, toties ſaltem *culpa lata* ab accipiente exigitur, *d. l. 5. §. 2. h. t.* dans vero ad culpam leviſſimam tenetur, prout recte colligunt ex *l. 61. §. 5. ff. de furt.* ubi vid. Dion. Gothofred. *in not.*

Nota I. Has regulas tunc ſaltem locum invenire, *quando ex contractu aliquo agitur*; aſt quando ex L. Aquilia ob damnum illatum alterum convenimus, tunc nulla diſtinctione opus, nam & culpa leviſſima per eam legem coërcetur, *v. §. 3. ſeqq. J. de L. Aquil.*

Nota

Nota II. Has regulas in iis ſaltem contra-
)us applicari poſſe, *quæ pro objecto rem ha-
t.* Aliud in iis, ubi *factum* aliquod ab altero
ɛſtandum, quales ſunt Tutelæ adminiſtra-
, mandatum & negotiorum geſtio, quippe
quibus ab adminiſtrante *culpa levis* indiſtin-
: exigitur. Quantum ad Tutelam attinet,
ɪnes credo inter ſe convenire DD. quod
ra culpam levem a Tutore aliquid non exi-
:ur, propter *l. 33. pr. ff. de admin. & peric. Tut.
l. 7. C. arbitr. tutel.* Verum quoad manda-
n & negotiorum geſtionem diverſæ occur-
ɪt ſententiæ. Mihi analogiæ & rationi juris
ɪgis conveniens videtur, ut nec a mandata-
, nec a negotiorum geſtore major, quam a
ɪtore, culpæ gradus exigi poſſit. Neque
im ex his etiam aliquis commodum ex ge-
one ſua accipit. Et intuitu negotiorum
ſtoris rem ex *l. 20. C. de negot. geſt.* apparere
iſtimo, in qua quidem ab initio negotio-
n geſtor a Tutore in eo diſtinguitur, quod
ior *ſponte* gerat, poſterior *coacte*; prior item
omnia expedienda non teneatur, uti qui-
m poſterior. Verum mox quoad culpæ
æſtationem inter ſe comparantur. Et qui-
ɪet videt, quod *§. 1. in f. J. de Oblig. quæ quaſ.
contr. naſc.* de caſu ſpeciali loquatur, pro-
:er verba expreſſa: *ſi modo alius diligentior eo
mmodius adminiſtraturus eſſet negotia.*

Quoad contractum mandati tanquam tex-
ɪs obſtantes vulgo adduci conſueverunt *l. 13.
& 21.*

& 21. C. Mandati; Sed non difficulter reſpon-deri poſſe cenſeo. Quamvis enim nonnulli acriter urgeant verba *d. l. 13. omnem* culpam a Procuratore præſtandam eſſe, v. quos citat Hilliger *ad Donell. l. 13. c. 11. Lit. E.* nil tamen obſtat, quo minus & hic illam particulam ex ante adducta analogia juris & identitate ra-tionis explicemus. Neque adeo opus eſt, ut cum aliis inter negotia, quæ *nullam, aliqualem*, & *exactisſimam* diligentiam requirunt, diſtin-guamus, de qua diſtinctione vid. Brunnem. *ad. d. l. 13.* Eadem reſponſio, quam modo dedimus, ad *cit. l. 21. C. Mand.* ſuppetit, in qua per verba: *exacto officio* nihil aliud, quam levis culpa indigitatur. Dicit enim Imp. Conſtan-tinus, quod ſuæ quidem rei quisque ſit mode-rator & arbiter, id eſt, quod in illis etiam lata culpa non vertatur vitio; ſed quod in alienis exactum officium, id eſt, culpa levis exigatur. Ex *l. 23. ff. de R. J.* denique nihil certi definiri poteſt. Non ſolum enim mandatum cum commodato; ſed & cum commodato vendi-tum conjungitur. Anne ergo in venditione etiam levisſima culpa præſtanda?

Sed, quod caput rei eſt, adhuc reſtare vi-detur. Non pauci enim ſunt, qui adlatam & hactenus explicatam noſtram diſtinctionem plane rejiciunt, inter quos Rævardus *ad l. 23. ff. de R. J.* Mart. Anton. del Rio *ad eand. c. 1.* Hugo Donellus *Comm. lib. 16. c.* 7. Struvius *S. I. C. Ex. 19. th. 41. ſeqq. & in Jurispr. Rom. Germ. l. 3.*

tit.

3. *aph. 14. ſeqq.* & noviſſime adhuc Dn. ier *in Poſ. ff. ad tit. commod. poſt. poſ. 43.* Noum ergo erit, ut hic quoque mentem noam aperiamus. Cum vero brevitati ſtudenus, miſſis aliorum opinionibus de rationis Struvii, qui maximæ autoritatis in foro eſt, lum in præſenti diſpiciemus.

Exiſtimamus autem, Struvium ſine cauſa opinione communi receſſiſſe, ejusque duas gulas, quas loco trium communiter recearum ſubſtituit, in effectu cum tribus illis oincidere. Age videamus.

Prima ipſius regula hæc eſt: *Dolus ſolum & ic proxima lata culpa præſtatur in contractu deoſiti*, addita ratione, *quia nulla ejus* (depoſitaii) *utilitas verſatur*; ſed annon idem eſt, quod icunt communiter; quotiescunque contractus ad ſolius dantis utilitatem tendit, toties altem lata culpa ab accipiente exigitur. Quæ le precario addit, vulgo etiam moneri ſolent.

Secunda Regula Struviana eſt: *in reliquis PLERISQVE contractibus bona fidei præſtatur culpa & quidem tam levis, quam leviſſima.* Hæc b initio communi ſententiæ directo contradicere videntur, quippe quæ in pleriſque contractibus levem ſolummodo culpam requirit, quando ſcilicet ejusmodi contractus utilitatem utriusque contrahentium intendunt; ſed re exactius penſitata, opinio Struvii vel iterum cum vulgatis principiis coincidit, vel non adeo cohæret. Ita enim pergit *loc. ant. cit. aph.*

 16.

16. *Præ aliis tamen contractibus ac negotiis diligentia deſideratur in commodato, &c.* ſed cur hoc? Scilicet, quia juxta ante dicta in commodato ſolius accipientis utilitas verſatur. Minus recte ergo Struvius duas culpæ leviſſimæ ſpecies conſtituiſſe videtur. Quod ſi enim juxta illum *in plerisque* contractibus leviſſima culpa requiritur, in quo conſiſtet culpa leviſſima *præ aliis* in commodato præſtanda? Diligentiæ vocabulum, quod in nonnullis textibus occurrit, non ſemper denotat culpam leviſſimam, ſed ex natura ſubſtratæ materiæ eſt explicandum. Quod vero interdum eſſe poſſit exceptio, libenter fatemur. Plura alio tempore.

Dantur quidem multi gradus, interdum decem etiam, vel plures, circa eandem rem, quod objicit Dn. Beier *loc. alleg.* ſed in jure reſpicimus ad illud, quod ut plurimum fieri & quinam gradus plerumque adeſſe ſoleant. Eos autem ad tres a nobis explicatas ſpecies commode referri poſſe, nemo negare poterit, & ſic quoque arbitrium Judicis juxta hoc fundamentum dirigendum erit.

DISTINCTIO IX.

Inter culpam *latam* & *latiorem*.

HUjus diſtinctionis Autorem communiter faciunt Bartolum. Sed eandem textibus Juris non eſſe fundatam, exacte monſtravit

cit.

Struvius *Ex. 19. th. 19.* cum culpa lata & la-
: in illis promiſcue accipi ſoleat. Valeat
o Bartolus cum hac diſtinctione.

DISTINCTIO X.

Inter Culpam *in concreto* & *in abſtracto* conſideratam.

Egulariter per culpam levem eam indigi-
tamus, quæ in abſtracto eſt, id eſt, quæ
nes ejusdem conditionis homines utpluri-
m deprehen[redacted]olet, v. g. penes plurimos
resfamilias; interdum tamen illa quoque
elligitur, quæ penes hunc vel illum homi-
m in rebus ſuis in ſpecie deprehenditur,
od fit in iis caſibus, ubi ſocium nobis eligi-
is, quia qui parum diligentem ſibi ſocium
uirit, de ſe queri debet, ſunt verba Caji in
2. ff. pro ſoc. Sed quid ſi in communionem
idimus, v. g. ſi nobis duobus hereditas, vel
atum aliquod relinquitur? ratio prior qui-
n hic non poteſt applicari; nihilominus
nen idem habetur in *l. 25. §. 16. ff. fam.
ciſc.* ex ratione, quia coheres propter par-
n ſuam habuit cauſam gerendi, id eſt, ut
to, quia unam ex rebus hereditariis ſine
era vix adminiſtrare potuit. Nollem tamen
opterea cum Dn. Beiero *loc. prox. cit.* ſta-
ere, quod ubique culpa levis in concreto ſo-
m præſtanda veniat; non enim, niſi LL.
c expreſſe permittunt, videndum eſt; quid
fiat,

fiat, ſed quid fieri debeat. At vero, ſi quis negligens eſt in rebus ſuis, an ego propterea pati teneor, ut in meis quoque negligenter verſetur? Non videtur. Add. *Doctr. ff. R. t. §. XXIII.*

DISTINCTIO XI.

Inter caſum *inſolitum* & *inſolitiſſimum.*

USus ſe exſerit in eo caſu, ubi quis caſuum fortuitorum præſtationem per pactum in ſe recepit, ad quam alias ex legum diſpoſitione non erat obſtrictus. Scilicet, ejusmodi pactum de caſibus *inſolitis* ſolummodo intelligitur, neutiquam vero de *inſolitisſimis*, qui rarisſime contingunt, vel prout alii loquuntur, vix mille annis ſemel, quamvis hic terminus nimis laxus ſit, v. Carpzov. *P. 2. C. 26. D. 8.* Gail. *2. Obſ. 23. n. 10.* Seb. Medic. *de caſib. fort. p. 1. qu. 15. n. 18.* aliique à Lauterbachio *ad h. t.* allegati.

FINIS PARTIS I.